This is a reproduction of a library book that was digitized by Google as part of an ongoing effort to preserve the information in books and make it universally accessible.

Google books

https://books.google.com

A propos de ce livre

Ceci est une copie numérique d'un ouvrage conservé depuis des générations dans les rayonnages d'une bibliothèque avant d'être numérisé avec précaution par Google dans le cadre d'un projet visant à permettre aux internautes de découvrir l'ensemble du patrimoine littéraire mondial en ligne.

Ce livre étant relativement ancien, il n'est plus protégé par la loi sur les droits d'auteur et appartient à présent au domaine public. L'expression "appartenir au domaine public" signifie que le livre en question n'a jamais été soumis aux droits d'auteur ou que ses droits légaux sont arrivés à expiration. Les conditions requises pour qu'un livre tombe dans le domaine public peuvent varier d'un pays à l'autre. Les livres libres de droit sont autant de liens avec le passé. Ils sont les témoins de la richesse de notre histoire, de notre patrimoine culturel et de la connaissance humaine et sont trop souvent difficilement accessibles au public.

Les notes de bas de page et autres annotations en marge du texte présentes dans le volume original sont reprises dans ce fichier, comme un souvenir du long chemin parcouru par l'ouvrage depuis la maison d'édition en passant par la bibliothèque pour finalement se retrouver entre vos mains.

Consignes d'utilisation

Google est fier de travailler en partenariat avec des bibliothèques à la numérisation des ouvrages appartenant au domaine public et de les rendre ainsi accessibles à tous. Ces livres sont en effet la propriété de tous et de toutes et nous sommes tout simplement les gardiens de ce patrimoine. Il s'agit toutefois d'un projet coûteux. Par conséquent et en vue de poursuivre la diffusion de ces ressources inépuisables, nous avons pris les dispositions nécessaires afin de prévenir les éventuels abus auxquels pourraient se livrer des sites marchands tiers, notamment en instaurant des contraintes techniques relatives aux requêtes automatisées.

Nous vous demandons également de:

+ *Ne pas utiliser les fichiers à des fins commerciales* Nous avons conçu le programme Google Recherche de Livres à l'usage des particuliers. Nous vous demandons donc d'utiliser uniquement ces fichiers à des fins personnelles. Ils ne sauraient en effet être employés dans un quelconque but commercial.

+ *Ne pas procéder à des requêtes automatisées* N'envoyez aucune requête automatisée quelle qu'elle soit au système Google. Si vous effectuez des recherches concernant les logiciels de traduction, la reconnaissance optique de caractères ou tout autre domaine nécessitant de disposer d'importantes quantités de texte, n'hésitez pas à nous contacter. Nous encourageons pour la réalisation de ce type de travaux l'utilisation des ouvrages et documents appartenant au domaine public et serions heureux de vous être utile.

+ *Ne pas supprimer l'attribution* Le filigrane Google contenu dans chaque fichier est indispensable pour informer les internautes de notre projet et leur permettre d'accéder à davantage de documents par l'intermédiaire du Programme Google Recherche de Livres. Ne le supprimez en aucun cas.

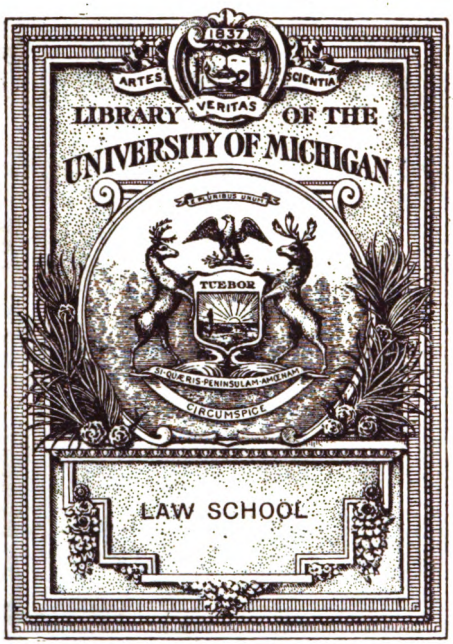
+ *Rester dans la légalité* Quelle que soit l'utilisation que vous comptez faire des fichiers, n'oubliez pas qu'il est de votre responsabilité de veiller à respecter la loi. Si un ouvrage appartient au domaine public américain, n'en déduisez pas pour autant qu'il en va de même dans les autres pays. La durée légale des droits d'auteur d'un livre varie d'un pays à l'autre. Nous ne sommes donc pas en mesure de répertorier les ouvrages dont l'utilisation est autorisée et ceux dont elle ne l'est pas. Ne croyez pas que le simple fait d'afficher un livre sur Google Recherche de Livres signifie que celui-ci peut être utilisé de quelque façon que ce soit dans le monde entier. La condamnation à laquelle vous vous exposeriez en cas de violation des droits d'auteur peut être sévère.

À propos du service Google Recherche de Livres

En favorisant la recherche et l'accès à un nombre croissant de livres disponibles dans de nombreuses langues, dont le français, Google souhaite contribuer à promouvoir la diversité culturelle grâce à Google Recherche de Livres. En effet, le Programme Google Recherche de Livres permet aux internautes de découvrir le patrimoine littéraire mondial, tout en aidant les auteurs et les éditeurs à élargir leur public. Vous pouvez effectuer des recherches en ligne dans le texte intégral de cet ouvrage à l'adresse `http://books.google.com`

Digitized by Google

K21 .C725x



Digitized by Google

FL2
R46
C934
Stor
a3837

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

REVUE CRITIQUE

DE

LÉGISLATION

ET DE

JURISPRUDENCE.

Digitized by Google

Paris. — Imprimé par E. Thunot et Cie, rue Racine, 26.

Digitized by Google

UNIV. OF MICH. LAW LIBRARY

REVUE CRITIQUE

DE

LÉGISLATION

ET DE

JURISPRUDENCE

PAR MM.

TROPLONG
Premier président à la Cour de cassation, Membre de l'Institut.

L. WOLOWSKI
Membre de l'Institut.

PAUL PONT
Docteur en droit, Conseiller à la Cour impériale de Paris.

ANCIENS DIRECTEURS DE LA REVUE CRITIQUE ET DE LA REVUE DE LÉGISLATION;

FAUSTIN HÉLIE
Membre de l'Institut, Conseiller à la Cour de cassation.

NICIAS GAILLARD
Président de chambre à la Cour de cassation.

LAFERRIÈRE
Membre de l'Institut, Inspecteur général des Facultés de droit.

DE VALROGER
Professeur de l'histoire du droit à la Faculté de Paris.

COIN-DELISLE
Avocat à la Cour impériale de Paris.

AVEC LA COLLABORATION DE MM.

DELANGLE
Ministre de l'intérieur.

DE ROYER
Ministre de la Justice.

ROULAND
Ministre de l'instruction publique.

DEMOLOMBE
Doyen de la Faculté de droit de Caen.

CH. GIRAUD
Membre de l'Institut et Professeur à la Faculté de droit de Paris.

E. LABOULAYE
Membre de l'Institut, Professeur au collége de France.

FL. MIMEREL
Avocat au Conseil d'État, à la Cour de cassation et au Ministère de l'intérieur.

MOLINIER
Professeur à la Faculté de droit de Toulouse.

ORTOLAN
Professeur de législation pénale comparée à la Faculté de droit de Paris.

KŒNIGSWARTER
Membre correspondant de l'Institut.

REVERCHON
Avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation.

BERGSON
Docteur en droit.

H 7425

TOME XIV. — 9me ANNÉE.

PARIS,

COTILLON, ÉDITEUR, LIBRAIRE DU CONSEIL D'ÉTAT,

Au coin de la rue Soufflot, 23.

1859

Digitized by Google

Digitized by Google

REVUE CRITIQUE

DE LÉGISLATION

ET DE JURISPRUDENCE.

EXAMEN DOCTRINAL

De la Jurisprudence en matière civile.

Par M. Paul Pont, conseiller à la Cour impériale de Paris.

Le droit de l'enfant naturel, qui est de moitié lorsque les père et mère laissent des frères ou sœurs, doit-il être étendu aux trois quarts lorsqu'ils ne laissent que des neveux ou nièces?

La seule *existence* des successibles du défunt opère-t-elle la réduction des droits de l'enfant naturel, sans qu'il soit besoin *de leur concours comme héritiers?*

Ces deux questions, qui n'ont d'autre rapport entre elles que de naître l'une et l'autre du texte de l'article 757 du Code Napoléon, se trouvent cependant réunies et associées dans un arrêt de date assez ancienne déjà, en ce sens que la Cour de cassation, de qui l'arrêt émane, a posé comme acquise la solution affirmative de la première, et s'est autorisée de cette solution comme d'un argument ou d'une preuve établissant, quant à la seconde, que les droits de l'enfant naturel sur les biens de ses père et mère se déterminent *eu égard à l'état de la famille*, c'est-à-dire au nombre et à la qualité des parents *laissés* par le père ou la mère, lors même que ces parents *ne succèdent pas en qualité d'héritiers*. Si le législateur, dit en effet l'arrêt, eût voulu le concours de la qualité d'héritier avec la qualité de parent à tel ou tel degré, il eût admis le principe de la représentation en faveur des neveux ou nièces; or le droit de l'enfant naturel, qui est de moitié lorsque les père ou mère laissent des frères ou sœurs, *est des trois quarts lorsqu'ils ne laissent que des neveux ou nièces.*

Digitized by Google

Nous avons eu l'occasion d'apprécier cet arrêt ailleurs [1], et nous avons essayé de montrer, d'une part, que la solution principale consacrée par la Cour de cassation est inexacte en ce qu'elle donne au mot *laisser* de l'article 757 une limitation que les principes condamnent; d'une autre part, que son raisonnement est essentiellement vicieux, en ce qu'elle se décide, sur un point controversé, par une proposition qui soulève elle-même la plus vive controverse, et qui même, malgré ses précédents nombreux en jurisprudence, est à côté ou en dehors de la vérité juridique. Un arrêt émané de la Cour de Paris, le 20 avril 1853, et l'opinion récemment émise par quelques commentateurs éminents, notamment par MM. Troplong et Demolombe, nous ramènent à ces points de droit qui ont, en théorie comme en pratique, une importance véritable. Du reste, nous insisterons peu sur le premier, celui-là même qui était particulièrement en question dans l'espèce jugée par la Cour de cassation; nous nous bornerons à rappeler les deux hypothèses qui peuvent se présenter, hypothèses que nous avons déjà signalées, mais que sans doute nous n'avons pas suffisamment précisées, puisque nous avons été cité comme les ayant confondues.

Voici le texte de l'article 757 : « Le droit de l'enfant naturel sur les biens de ses père ou mère décédés, est réglé ainsi qu'il suit : — Si le père ou la mère *a laissé* des descendants légitimes, ce droit est d'un tiers de la portion héréditaire que l'enfant naturel aurait eue s'il eût été légitime; il est de la moitié lorsque les père ou mère *ne laissent pas* de descendants, mais bien des ascendants ou des frères ou sœurs; il est des trois quarts lorsque les père ou mère *ne laissent* ni descendants ni ascendants, ni frères ni sœurs. »

Quelle est donc la portée de ce mot *laisser* écrit à diverses reprises dans l'article? L'expression implique-t-elle l'idée que la seule *existence* des successibles suffit pour opérer la réduction des droits de l'enfant naturel dans les proportions ou dans les termes indiqués? Ou bien permet-elle d'admettre que c'est, non pas la seule existence des successibles, mais *leur concours comme héritiers*, qui opère la réduction?

[1] V. l'arrêt du 31 août 1847 et les observations dont nous l'avons fait suivre dans le Recueil de MM. Devilleneuve et Carette, 1847, 1, 785. V. aussi la *Revue de législation*, t. XXV (1846, t. I), p. 99 et suiv.

Digitized by Google

Il y a là-dessus, nous le répétons, deux hypothèses à prévoir; et sauf de rares exceptions, les auteurs les ont successivement prévues. Il y a d'abord le cas où le père ou la mère de l'enfant naturel n'a fait aucune disposition entre-vifs ou testamentaire, mais a laissé un successible qui, ayant renoncé à la succession ou étant frappé d'indignité, est remplacé par un parent à un degré plus éloigné avec lequel l'enfant naturel se trouve en présence; — puis il y a le cas où le successible que le père ou la mère de l'enfant naturel a laissé est écarté de la succession par l'effet d'une institution ou d'un legs universel fait par le *de cujus* en faveur d'un étranger.

La question qui se pose dans l'une et l'autre hypothèse aboutit à des résultats différents; et néanmoins la solution, dans l'une et dans l'autre, procède et se déduit logiquement d'un principe commun.

Ainsi et quoi qu'en ait dit la Cour de cassation dans son arrêt du 31 août 1847, il est très-certain à nos yeux que, dans la première hypothèse, l'existence du successible renonçant ou indigne, et par cela même exclu de la succession, ne suffit pas pour opérer la réduction des droits de l'enfant naturel; et en même temps nous reconnaissons que, dans la seconde hypothèse, ces droits sont réduits, au contraire, quoique le successible que le père ou la mère de l'enfant naturel a laissé soit écarté *personnellement* de la succession.

Mais, dans la réalité et au fond, ces solutions n'ont rien de contradictoire; c'est l'avis que nous avions exprimé déjà dans nos observations précitées sur l'arrêt de la Cour de cassation[1], et M. Demolombe[2] s'est mépris en ce qui nous concerne, lorsqu'il nous a compté parmi les auteurs qui, croyant obéir à une nécessité de logique, enseignent que la réduction ne doit pas plus avoir lieu dans la seconde que dans la première hypothèse. Nous avons pensé en 1847 et nous persistons à croire aujourd'hui que la logique est, au contraire, du côté de ceux qui font la distinction indiquée et dont l'opinion, d'ailleurs, trouve maintenant un nouvel appui dans celle de M. Demolombe.

De quoi s'agit-il en effet? Il s'agit toujours et dans tous les cas de déterminer la portée du mot *laisser* employé dans l'ar-

[1] V. le recueil de MM. Devilleneuve et Carette, *loc. cit.*, à la fin des notes 1 et 2.

[2] Dans son commentaire du titre des successions. V. t. II, nos 54 et 55.

Digitized by Google

ticle 757 du Code Napoléon. Or si, en s'arrêtant à la lettre même, *l'existence* seule d'un successible correspond à l'idée que révèle ce mot *laisser*, il est certain que la pensée de la loi et les principes de la matière ne permettent pas de s'arrêter à cette interprétation judaïque. En matière de succession, le mot *laisser* a toujours et nécessairement un sens relatif à la succession même. Et, en effet, dans notre cas particulier, pourquoi le législateur aurait-il augmenté ou diminué la part de l'enfant naturel en raison du degré de proximité de parenté, s'il ne s'agissait pas de ceux qui ayant la vocation veulent ou peuvent venir à la succession? Il est certain, par exemple, par rapport à l'enfant naturel placé dans le cas de l'article 758 d'après lequel l'enfant naturel a la totalité des biens lorsqu'il n'existe pas de parents au degré successible, que c'est la totalité des biens qui doit lui être attribuée, si les successibles en présence desquels il se trouve renoncent à la succession ou sont inhabiles à succéder. Nul n'a supposé, dans ce cas, qu'il fallût tenir compte de *l'existence* des successibles, et réduire, en raison de cette seule existence, les droits de l'enfant naturel : car la part qu'on retrancherait ne pouvant pas être donnée aux héritiers irréguliers (le conjoint survivant et l'État), qui ne viennent qu'après l'enfant naturel lui-même (art. 767 et 768), cette part n'appartiendrait à personne si elle n'était laissée à ce dernier. Le mot *laisser* ne saurait donc être pris autrement dans l'article 757, comme dans tous les autres articles où il est également employé. « Le législateur, a dit très-bien Delvincourt, s'est servi de cette même expression dans les articles 913 et 915, où il s'agit de la réserve des descendants et des ascendants. Or il est bien évident qu'il s'agit, dans ces deux articles, d'enfants ou descendants venant à la succession; autrement, il faudrait dire que si le défunt a laissé un enfant et des frères ou sœurs, et que l'enfant renonce à la succession, les frères et sœurs pourront réclamer une réserve; ce qui est absurde. Donc la simple existence d'un enfant ne suffit pas pour qu'il y ait lieu à une réserve; donc également, dans l'article 757, la simple existence d'un frère ne suffit pas pour réduire l'enfant naturel à moitié, si, d'ailleurs, ce frère ne vient pas à la succession [1]... »

Cela posé, revénons à nos deux hypothèses.

[1] V. Delvincourt, t. II, note 4 de la page 22 (édit. de 1824).

Digitized by Google

Nous supposons d'abord que le père ou la mère de l'enfant naturel a laissé un frère et un cousin; le frère renonce à la succession ou est frappé d'indignité, et l'enfant naturel se trouve en présence du cousin du *de cujus*, lequel cousin accepte la succession : dans ce cas, l'existence du frère n'est d'aucune considération; le frère étant exclu de la succession et n'y pouvant rien prendre, il faut ne considérer que la présence du cousin pour déterminer la part de l'enfant naturel auquel il y aura lieu, dès lors, d'attribuer les trois quarts. Cela se justifie par les observations qui précèdent.

Nous supposons ensuite que le père ou la mère de l'enfant naturel a laissé un frère ou une sœur, et en outre qu'il a institué un étranger son légataire universel : dans ce cas l'existence du frère ou de la sœur devra être prise en considération pour déterminer la part de l'enfant naturel, qui ainsi sera réduite à la moitié. Il est vrai que le frère ne vient pas non plus à la succession, et qu'il s'efface devant le légataire universel auquel la loi donne la saisine (C. Nap., art. 1006). Mais qu'on le remarque, le droit du frère n'est pas éteint; il est seulement déplacé, il est entre les mains du légataire universel, que le testateur a substitué à son frère, et auquel il a transmis la part qu'à défaut de testament celui-ci aurait recueillie. Et ajoutons que le frère lui-même n'en est pas moins héritier, si bien que si le legs était caduc ou nul, c'est à lui que profiterait la caducité ou qu'il appartiendrait de former l'action en nullité. Il est donc certain que dans une telle situation l'enfant naturel rencontre encore le frère en face de lui, quoique *personnellement* le frère soit écarté de la succession. Et par cela même nous sommes encore sous l'application des principes d'après lesquels nous avons interprété le mot *laisser* de l'article 757, quand nous disons, à l'occasion de notre seconde hypothèse, que l'existence d'un frère concourant avec la présence d'un légataire universel, opère la réduction des droits de l'enfant naturel.

Quoi qu'il en soit, il nous paraît impossible par-dessus tout d'établir une relation quelconque entre cette question et celle dont il nous reste maintenant à parler, et de dire, comme a fait la Cour de cassation dans son arrêt du 31 août 1847, que la preuve que l'existence seule des successibles du défunt opère

Digitized by Google

la réduction des droits de l'enfant naturel, c'est que ces droits, qui sont de moitié lorsque les père ou mère laissent des frères ou sœurs, doivent être portés aux trois quarts lorsqu'ils ne laissent que des neveux ou nièces.

En supposant que cela fût exact en droit, cela ne prouverait rien pour la solution de la question que nous venons d'examiner. La question étant en effet de savoir si les droits de l'enfant naturel, déterminés par la loi eu égard à la qualité des successibles que le père ou la mère a laissés, sont réduits par le seul fait de l'existence des successibles, ou s'il faut en outre le concours de ceux-ci comme héritiers, il est sans importance qu'on lui accorde autant ou plus vis-à-vis des neveux que vis-à-vis des frères : la question subsiste toujours ; il faut toujours se demander si pour qu'il recueille les droits quels qu'ils soient et à quelque quotité qu'on les porte, il faut ou non tenir compte des successibles qui étant renonçants ou indignes, n'ont plus la qualité d'héritiers.

Mais cette thèse dont on se fait ici un argument ou une preuve est-elle exacte en droit? Est-il bien vrai que la part de l'enfant naturel qui est de moitié, aux termes de l'article 757, lorsque le père ou la mère laisse des frères ou sœurs, doive être portée aux trois quarts lorsqu'ils laissent des neveux ou nièces? C'est notre seconde question, et là-dessus nous persistons à penser que la thèse mise en avant dans l'arrêt de la Cour de cassation du 31 août 1847 est le contre-pied de la vérité juridique.

Ici nous rencontrons, nous le savons, et l'arrêt de la Cour de Paris du 20 avril 1853 [1], qui, en infirmant un jugement du tribunal de première instance de la Seine, s'est prononcé comme la Cour de cassation ; et M. Troplong, qui traitant la question par occasion dans son commentaire sur les donations, la résout par un mot dans le même sens, ajoutant que « la représentation n'est pas admise en cette matière, qui est tout exceptionnelle et irrégulière ; que le dernier paragraphe de l'article 757 ne laisse aucun doute à cet égard, *et que l'on s'étonne qu'il ait pu en exister de sérieux en présence de ses termes précis* [2]. »

Ce serait bien, si l'on devait ou si l'on pouvait s'en tenir à

[1] V. Paris, 20 avril 1853 (Devill. et Car., 53, 2, 318 ; Dalloz, 53, 2, 190).

[2] V. M. Troplong, *Des donat.*, t. II, n° 776. — MM. Massé et Vergé se prononcent aussi dans le même sens et n'y voient pas non plus de difficulté. V. les notes sur Zachariæ, t. II, p. 275.

Digitized by Google

la lettre même de la loi : le père ou la mère de l'enfant naturel n'a laissé, dans le cas proposé, ni descendants ni ascendants, ni frère ni sœur ; on est donc ou l'on paraît être littéralement dans le cas du troisième paragraphe de l'article 757, dans celui qui attribue à l'enfant naturel les trois quarts de la part légitime. Mais allons au delà de la lettre ; attachons-nous aux principes et à la pensée de la loi : cette solution ne résiste pas à l'examen.

Nous admettrons, si l'on veut, que si les neveux ne pouvaient invoquer, pour opérer la réduction, que le bénéfice de la représentation sur laquelle se fondent principalement plusieurs des auteurs avec lesquels nous nous rencontrons quant au résultat, leur prétention souffrirait des difficultés assez graves : non pas assurément que les principes relatifs à la représentation ne doivent pas, comme M. Troplong paraît le supposer, être appliqués dans les successions irrégulières, car dès que la loi consacre cette fiction en faveur des descendants de l'enfant naturel (art. 759), il n'est pas admissible qu'on ne puisse pas en exciper contre lui ; mais parce que l'hypothèse dans laquelle se présente la question proposée ne réalise aucun des deux cas dans lesquels la représentation est admise en ligne collatérale (art. 742). Toutefois, le droit des neveux et nièces se place d'une manière irrésistible sous l'autorité d'un autre principe.

Il est certain, en effet, et personne ne saurait le contester, qu'en principe et d'après l'ensemble de la loi, les descendants des frères ou sœurs ont les mêmes droits que les frères et sœurs eux-mêmes (art. 750 C. Nap.). C'est là le principe et l'économie même de la loi. Dès lors, s'il en était autrement dans une hypothèse quelconque, ce ne pourrait être que par l'effet d'une exception. Or une exception ne se présume pas. Donc si des neveux se présentent à la succession de leur oncle en concours avec l'enfant naturel de ce dernier, il ne faut pas dire que ces neveux ne devront pas obtenir la moitié, parce que l'article 757, en accordant cette moitié aux frères et sœurs du défunt en concours avec son enfant naturel, n'a pas parlé des neveux et nièces ; il faut dire, au contraire, que la moitié est acquise aux neveux et nièces, parce que, descendants des frères ou sœurs du défunt, ils ont, en vertu des principes généraux, les mêmes droits que les frères ou les sœurs ; et il faut le dire en raison du silence même de la loi, parce que la règle

Digitized by Google

générale étant une fois posée, il faudrait, pour refuser au neveu le droit accordé au frère, non pas seulement que la loi eût gardé le silence à son égard, mais que par une disposition formelle elle l'eût fait descendre du rang où le frère est placé.

On oppose que la succession des enfants naturels a des règles à part dont on ne doit pas s'écarter; et l'on dit que le principe dont nous venons de parler étant écrit dans le chapitre des successions régulières, n'est pas susceptible d'application aux successions irrégulières par cela même qu'il n'est pas rappelé à leur occasion. Mais prenons garde! Il serait étrange assurément que le concours de l'enfant naturel eût pour effet de dominer la position même de l'héritier légitime, à ce point que la présence d'un tel enfant, qui n'est même pas héritier, pût avoir pour effet de transformer en un droit irrégulier le droit parfaitement régulier, dans tous les cas, de l'héritier légitime. Il y a donc ici méprise et confusion. Sans doute une succession est irrégulière lorsqu'elle est attribuée à un successeur imparfait, tel qu'un enfant naturel; mais évidemment elle n'est pas irrégulière d'une manière absolue, elle ne l'est pas pour le tout lorsque des successeurs irréguliers s'y trouvent en concours avec des héritiers légitimes, comme cela se produit dans notre espèce. Que la succession soit irrégulière en ce qui concerne l'enfant naturel et pour tout ce qui lui est attribué, c'est incontestable; mais il est incontestable également qu'à l'égard du fils légitime, de l'ascendant, du frère ou du neveu qui vient à cette même succession, elle est, au contraire, parfaitement régulière. Il y a donc, dans cette situation, une division nécessaire entre les deux classes d'ayants droit; et si la loi spéciale aux successions irrégulières peut seule être appliquée aux premiers, la loi commune subsiste évidemment et reste la loi écrite pour les autres, dont la position ne saurait être altérée par l'événement qui les met en contact avec un successeur imparfait.

C'est là, nous le répétons, un résultat nécessaire. Supposez en effet que le défunt ait laissé un enfant naturel, un enfant légitime et deux petits-fils nés d'un autre enfant légitime prédécédé : comment procédera-t-on à l'égard de ces divers ayants droit venant tous à la succession? Évidemment il faudra diviser. A l'égard de l'enfant naturel, on appliquera l'article 757 écrit au chapitre des successions irrégulières; et comme dans

Digitized by Google

l'espèce proposée l'enfant naturel doit avoir le tiers de la part légitime, et qu'étant héritier légitime il aurait eu droit au tiers de la succession, on lui allouera un neuvième : puis on fera deux parts égales des huit neuvièmes restants pour en attribuer une à l'enfant légitime qui a survécu et une autre aux deux petits-enfants venant par représentation de leur père prédécédé. Mais en vertu de quelles règles agira-t-on ainsi ? Ce n'est pas assurément en vertu des règles écrites au chapitre des successions irrégulières, où il n'est rien dit de cela ; c'est en vertu des règles générales sur les divers ordres de successions; c'est notamment en vertu de l'article 740, qui établit le principe de la représentation en ligne directe ; c'est en vertu de l'article 743, d'après lequel le partage doit s'opérer par souche dans tous les cas où la représentation est admise. Ainsi, par la force même des choses, il faut, dans notre espèce et dans toute autre espèce analogue, prendre ailleurs que dans le chapitre des successions irrégulières le principe à suivre pour le règlement des droits autres que ceux de l'enfant naturel. Preuve certaine qu'une succession ne devient pas irrégulière pour le tout, par cela seul qu'une portion en doit être attribuée à un successeur imparfait ; preuve certaine que dans tous les cas de concours d'un enfant naturel avec un héritier légitime de quelque classe qu'il soit, il y a lieu de combiner les principes spéciaux aux successions irrégulières avec les règles du droit commun auxquelles il faut nécessairement recourir pour la fixation des droits que ces principes spéciaux n'ont pas pu et n'ont pas dû embrasser. Ceci posé, la conclusion est que malgré le silence du législateur dans l'article 757, cet article doit être interprété et appliqué conformément au principe général de l'article 750, qui attribue aux descendants de frères ou sœurs des droits semblables à ceux des frères ou sœurs eux-mêmes.

La raison seule conduit à cela; mais il y a plus : dans la pensée des rédacteurs du Code, il y a entre l'article 757 et l'article 750 une corrélation qu'ils ont pris le soin d'indiquer eux-mêmes. L'article 757, dans le projet primitif du Code, ne donnait pas aux frères et sœurs du père de l'enfant naturel la part que le texte définitif leur a réservée. « Si le père ou la mère, y était-il dit, a laissé des descendants légitimes, ce droit (celui de l'enfant naturel) est d'un tiers de la portion héréditaire que l'enfant naturel aurait eue s'il eût été légitime : il est de la moi-

Digitized by Google

tié lorsque les père ou mère ne laissent pas de descendants, mais bien des ascendants; il est des trois quarts lorsque les père ou mère ne laissent ni descendants ni ascendants[1]. » Ainsi le droit de l'enfant naturel vis-à-vis des frères ou sœurs du défunt devait, d'après le projet, être des trois quarts comme vis-à-vis de tous autres collatéraux. Mais dans la discussion, la disposition fut attaquée précisément en ce point. M. Maleville notamment dit « que les trois quarts de la portion héréditaire étaient trop pour les enfants naturels lorsqu'ils étaient en concurrence avec les frères et sœurs du défunt, *et que, d'ailleurs, l'article n'était pas concordant avec la disposition qui règle le concours dans les successions entre les ascendants et les frères.* » Et puis le consul Cambacérès ayant proposé de ne donner aux enfants naturels que la moitié de la portion héréditaire, quand il existerait des frères et sœurs du défunt, l'article fut adopté avec l'amendement du consul[2].

Ce fut donc pour mettre l'article 757 en harmonie avec les dispositions qui règlent le concours, dans les successions, entre les ascendants et les frères, que l'on étendit aux frères le droit, accordé par le projet aux ascendants seulement, de faire réduire la part de l'enfant naturel à la moitié de la part légitime. Or que disent les dispositions qui, dans les successions, règlent le concours entre les ascendants et les frères? Elles créent précisément en faveur des descendants des frères les mêmes droits qu'en faveur des frères eux-mêmes; elles font concourir ces descendants, aussi bien que les frères, avec les ascendants du défunt qui ne laisse pas de postérité légitime (art. 748, 750, 751). Si donc, comme l'a très-bien dit Merlin[3], c'est à raison de ce concours que les frères jouissent du droit de faire réduire l'enfant naturel à la moitié d'une portion héréditaire, il est bien évident que, par la même raison, les descendants des frères doivent jouir du même droit.

Et il importe peu que l'article 757 ne parle pas de ces descendants; la discussion prouve que ce n'est pas dans une pensée d'exclusion qu'on a gardé le silence; il s'en induit au contraire que l'assimilation entre les frères et leurs descendants, faite à diverses reprises, existe encore, quoique non exprimée,

[1] V. M. Fenet, *Trav. prép.*, t. XII, p. 27.
[2] V. Fenet, t. XII, p. 29.
[3] V. Merlin, *Rép.*, v° *Représentation*, sect. 4, § 7.

Digitized by Google

dans le cas de l'article 757, sans quoi on n'aurait pas rétabli d'une manière complète cette harmonie en considération de laquelle la rédaction primitive de cet article fut modifiée. C'est ainsi que dans le cas de l'article 752, relatif aux divers modes de partage des successions auxquelles sont appelés des frères germains consanguins et utérins, la loi ne mentionne en aucune manière les descendants de ces frères. Et cependant il n'est venu à personne la pensée de prétendre que ces descendants ne doivent pas, dans ce cas, être complétement assimilés aux frères. Évidemment le silence de l'article 757 ne saurait davantage impliquer exclusion. Et en effet, lorsque l'orateur du gouvernement, M. Treilhard, exposant les motifs de la loi devant le Corps législatif, en vint à la disposition de l'article 757, il exprima formellement la pensée que cet article s'entendait des descendants de frères aussi bien que des frères eux-mêmes. « Nous avons dû, disait-il, mettre un terme à une espèce de réaction qui tendait à couvrir les enfants naturels d'une faveur qui ne leur est pas due. Ils ne partageront pas avec les enfants légitimes le titre d'héritiers; leurs droits sont réglés avec sagesse, plus étendus quand leur père ne laisse que des collatéraux, plus restreints quand il laisse des enfants légitimes, des frères *ou descendants*[1]. » Cette dernière expression, rapprochée de la discussion à laquelle avait donné lieu la rédaction primitive de l'article 757, est décisive; elle ne permet pas de douter que les descendants de frères venant en concours avec un enfant naturel ne jouissent comme les frères eux-mêmes, et au même titre, du droit de faire réduire à la moitié d'une portion héréditaire la part de ce dernier.

Ce droit, d'ailleurs, on ne peut le leur refuser sans aboutir à l'absurde. Par exemple, si le père avait laissé un enfant naturel, des neveux et un ascendant autre que son père ou sa mère, l'enfant naturel n'aurait évidemment que la moitié, puisqu'il y aurait là un ascendant, et qu'aux termes de l'article 757 la présence des ascendants, aussi bien que celle des frères, a pour effet de réduire à la moitié d'une portion héréditaire le droit de l'enfant naturel. Or, dans cette hypothèse, qui recueillerait cette autre moitié que l'enfant naturel eût recueillie s'il eût été enfant légitime? Ce ne serait pas l'ascendant, mais bien les neveux;

[1] V. M. Fenet, *loc. cit.*, p. 150.

Digitized by Google

car, dit l'article 750, « en cas de prédécès des père et mère d'une personne morte sans postérité, ses frères, sœurs, *ou leurs descendants*, sont appelés à la succession, *à l'exclusion des ascendants* et des autres collatéraux..... » Ainsi la présence de l'ascendant aurait pour effet d'opérer une réduction dont l'ascendant lui-même ne pourrait pas profiter! et au contraire, les neveux profiteraient de cette réduction, que leur présence cependant ne pourrait pas avoir pour effet d'opérer! Il y a dans ce résultat une étrangeté et un renversement d'idées qui n'a pas échappé à la doctrine. Maleville le premier les a relevés dans son analyse raisonnée du Code. « Les descendants des frères et sœurs, a-t-il dit, doivent avoir les mêmes droits en toute la succession, au défaut de leur auteur. Et d'ailleurs, c'est à tous les ascendants que notre article donne la moitié des biens en concurrence avec un enfant naturel; mais ne serait-il pas absurde de supposer que la loi eût voulu refuser aux descendants des frères et sœurs ce qu'elle accorde à des ascendants, que ces descendants excluent dans les autres successions[1]? » Cette considération, si puissante sous la plume de celui-là même dont l'opinion fit modifier la rédaction primitive de l'article 757, a été depuis reproduite à l'envi par tous les auteurs qui ont écrit après lui. C'est qu'elle est décisive en effet, et met dans tout son jour le vice du système que nous combattons ici.

Ajoutons que ce système, qui fait violence à celui de la loi, est en outre avec celui-ci dans une contradiction flagrante que Marcadé, dont l'opinion pour bien des motifs ne saurait nous être indifférente, relevait en ces termes : « La gradation que suit l'article 757, en donnant à l'enfant naturel d'abord un tiers, puis moitié, puis trois quarts, se fonde évidemment sur la plus ou moins grande faveur des héritiers légitimes qu'il divise en trois classes : c'est parce que les descendants légitimes sont plus favorables que tous autres héritiers, que l'enfant naturel ne leur enlève qu'un tiers ; c'est parce que ceux qui viennent ensuite sont plus favorables que ceux de la dernière classe, qu'il leur enlève moitié, au lieu de trois quarts qu'il prend à ceux-ci. Cela posé, on voit que l'article 757, après avoir mis dans la première classe des parents formant le premier des quatre ordres d'héritiers (les descendants), met dans la seconde, non-seule-

[1] V. M. Maleville, sur l'article 757.

Digitized by Google

ment le second de ces quatre ordres (les père et mère, frères et sœurs), mais aussi le troisième (les ascendants autres que les père et mère). Or, s'il y met le troisième, comment voudrait-on qu'il entendît en exclure les descendants de frères qui sont du second? L'aïeul du défunt est moins que le neveu, puisque celui-ci écarte le premier. Mais s'il en est ainsi, comment l'enfant naturel, qui n'a que moitié en face du parent moins favorable, aurait-il trois quarts en face du parent plus favorable[1]? » C'est manifestement incompatible avec un système de législation qui mesure le droit de l'enfant naturel, sur la plus ou moins grande faveur de l'héritier légitime venant en concours avec lui. Voilà pourquoi il nous paraît de toute évidence que les frères et sœurs étant appelés par l'article 757 à opérer la réduction à moitié de la part de l'enfant naturel, les descendants des frères et sœurs y ont été appelés par cela même, sans que cette vocation ait dû être formellement exprimée.

Nous nous sommes abstenu, dans tout ce qui précède, d'invoquer au profit des neveux et nièces les principes de la représentation, et notamment la disposition de l'article 742. C'est que les descendants des frères et sœurs n'ont pas besoin de la représentation pour jouir, dans l'ordre successif, des droits attribués aux frères et sœurs eux-mêmes : l'art 750 est très-précis sur ce point. Quant aux arguments puisés par les auteurs dans les principes relatifs à la représentation, ils ne seraient pas décisifs à eux seuls, nous l'avons déjà dit, dans la situation où nous sommes placé. Mais nous reconnaissons que ces arguments auraient une irrésistible puissance dans tous les cas où les descendants de frères ou sœurs viendraient à la succession du défunt par représentation de leur auteur, c'est-à-dire dans les deux hypothèses indiquées à l'article 742.

PAUL PONT.

[1] V. Marcadé, t. III, n° 153. V. aussi sa dissertation dans notre *Revue*, t. III, p. 938. Ajoutons que l'opinion soutenue ici vient d'être admise par M. Demolombe dans la remarquable monographie qu'il publie sur le titre des successions, t. II, n° 75.

Digitized by Google

OBSERVATIONS SUR LE SENS DE L'ARTICLE 1072 DU CODE NAPOLÉON.

Par M. Pison, agrégé à la Faculté de droit d'Aix.

L'article 1072 du Code Napoléon, relatif à la transcription en matière de substitution permise, porte que les héritiers, les légataires et les donataires de celui qui aura fait la disposition ne pourront, en aucun cas, opposer aux appelés le défaut de transcription.

On n'est pas d'accord sur l'interprétation et le sens véritable de ce texte. L'article 1072, suivant les uns, n'ayant trait qu'au défaut de transcription de la substitution et non de la donation elle-même, se trouve être parfaitement inutile. N'est-il pas évident en effet que, si la substitution n'a pas été rendue publique, ceux-là seulement doivent être admis à se plaindre, qui ont eu à souffrir de l'ignorance dans laquelle on les a laissés relativement à la charge de rendre? Or les tiers dont s'occupe l'article 1072, ceux qui tiennent leurs droits du disposant, sont bien intéressés à connaître la donation par laquelle leur auteur s'est dépouillé de son droit de propriété; mais il leur importe fort peu de savoir qu'il existe une substitution, c'est-à-dire que le grevé donataire n'est pas propriétaire incommutable. Leur ignorance à cet égard n'a pu leur occasionner aucun préjudice. Dès lors, à quoi bon déclarer expressément que ces tiers n'opposeront pas valablement le défaut de publicité de la substitution? N'est-il pas vrai de dire que l'article 1072 n'avait pas besoin d'être écrit dans la loi?

Pour justifier le législateur, d'autres auteurs ont avancé qu'il s'agit, dans les articles 1069 et suivants, de la publicité de la donation elle-même; que la loi ne distingue point la transcription pour substitution de la transcription pour donation; qu'elles ne sont point régies l'une et l'autre par des règles distinctes; qu'il n'y a qu'une seule transcription identique par sa nature et par ses effets; qu'il n'était donc point inutile d'indiquer dans l'article 1072 que les successeurs à titre gratuit du disposant ne pourraient invoquer le défaut de transcription de l'acte contenant tout à la fois la donation et la substitution.

Cette opinion ne nous paraît pas admissible, et nous croyons que l'article 1072 n'a trait qu'à la publicité de la substitution. Sans doute il n'y a ordinairement qu'une seule transcription,

Digitized by Google

puisque le même acte renfermant la libéralité principale et la clause de restitution, toutes deux se trouveront transcrites simultanément. Mais si cette transcription unique a été omise, les effets de l'omission doivent être envisagés, soit par rapport à la disposition principale, soit par rapport à la charge de rendre; car ce ne sont pas les mêmes personnes qui sont intéressées à connaître l'une et l'autre : la publicité de la première avertit ceux qui voudraient traiter avec le donateur, que la chose a cessé de lui appartenir; la transcription de la seconde fait connaître à ceux qui voudraient traiter avec le grevé, que son droit est soumis à une cause de résolution. Il fallait donc prévoir et réglementer le cas où ces diverses personnes auraient contracté dans l'ignorance de la donation ou de la substitution; les ayants cause du donateur, devait-on se demander, opposeront-ils valablement au grevé le défaut de transcription de la donation? Et s'ils gardent le silence, ou si le disposant n'a pas d'autres ayants cause que le grevé lui-même, ceux qui tiennent de ce dernier leurs droits sur la chose, seront-ils admis à invoquer contre les appelés le défaut de transcription de la substitution? On comprend que ces questions peuvent être résolues en sens divers, que dans tous les cas elles étaient de nature à appeler l'attention du législateur, qu'elles ont dû être tranchées d'une manière expresse dans des textes formels, et donner lieu à des solutions distinctes.

Il arrivera même quelquefois que la donation sera transcrite et que la substitution ne le sera pas. Pour le prouver, il n'est pas nécessaire de recourir au cas peu probable où le conservateur aurait omis de transcrire la clause de l'acte contenant la charge de rendre. Notre proposition se justifie par l'article 1052 du Code Napoléon : une première libéralité a été faite entre-vifs sans charge de rendre; une seconde libéralité est consentie en faveur de la même personne, à condition que les biens précédemment donnés demeureront grevés de restitution. Si le premier acte seul est transcrit, l'existence de la substitution ne sera pas connue des tiers. Sans doute les ayants cause du donateur seront tenus de respecter la première libéralité; mais les ayants cause du grevé devront-ils également respecter les droits des appelés? Le législateur a dû nécessairement s'expliquer sur ce point et décider, pour la substitution en particulier, quel serait l'effet du défaut de publicité,

Digitized by Google

Il résulte de tout ce qui vient d'être dit, que les articles 941 et suivants s'étant occupés de la transcription de la donation, les articles 1069-1072 n'ont dû avoir en vue que la publicité de la clause de restitution. Ces derniers textes ne sont, du reste, que la reproduction presque littérale des articles 32, 33 et 34 du titre 2 de l'ordonnance de 1747, lesquels, ainsi que cela ressort de leurs termes mêmes, n'avaient trait qu'à la publicité de la substitution. L'ordonnance de 1731 avait de son côté, comme on le sait, exigé l'insinuation pour la publicité des donations entre-vifs.

Objectera-t-on que les articles précités de l'ordonnance de 1747 parlaient expressément de la substitution, tandis que les rédacteurs du Code parlent d'une manière générale des dispositions à charge de rendre (art. 1069), des actes contenant la disposition (art. 1070)? L'argument ne serait pas fondé; car il est facile d'expliquer cette différence de rédaction. L'ordonnance de 1731 ne prescrivait qu'une seule formalité, l'insinuation; celle de 1747 imposait tout à la fois l'enregistrement ou insinuation et la publication en jugement, l'audience tenante; il fallait donc bien indiquer d'une manière précise que cette dernière formalité ne s'appliquait qu'à la substitution. Le Code, au contraire, n'exige que la transcription pour la publicité des deux libéralités; et comme le même acte les contient ordinairement l'une et l'autre, comme elles se trouvent ainsi transcrites simultanément, on conçoit bien l'inexactitude de langage des rédacteurs sur le point qui nous occupe. On comprend que, sans préciser mieux, ils aient parlé en termes généraux de la disposition à charge de rendre.

La preuve péremptoire que les articles 1069 et suivants n'ont trait qu'à la publicité de la substitution, découle de l'art. 1072 lui-même, lequel met sur la même ligne le défaut de transcription et le défaut d'inscription; il y a lieu à inscription dans le cas où des deniers compris dans la donation avec charge de rendre, ou en provenant, auraient été employés avec privilége sur un immeuble; il faut avertir les tiers qui traiteraient avec le grevé, qu'il n'est pas propriétaire incommutable de la créance privilégiée. Comme on le voit, il s'agit ici d'une donation purement mobilière, et dès lors il ne peut même pas être question de la publicité de la disposition principale.

Mais s'il est vrai que l'article 1072 n'ait rapport qu'à la

Digitized by Google

charge de rendre, ne sommes-nous pas obligés de convenir que le législateur a dit une chose inutile? En effet, eût-on jamais songé à permettre aux successeurs à titre gratuit du disposant de se prévaloir du défaut de publicité d'une substitution, qu'ils n'avaient aucun intérêt à connaître? Et remarquons que si le reproche est fondé, ce n'est pas seulement au Code Napoléon qu'il s'adresse; il est encore mérité par le rédacteur de l'ordonnance de 1747, dont la loi nouvelle n'a fait que copier les dispositions à cet égard.

Disons tout de suite qu'il nous semble possible de justifier le législateur; que l'article 1072 n'a pas, suivant nous, le sens qu'on lui donne habituellement. Nous pensons qu'il s'agit, dans cet article 1072, non point des successeurs à titre gratuit du disposant, autres que le grevé, mais de ce grevé lui-même, donataire, légataire ou héritier. C'est comme si le texte avait dit: Les donataires, les légataires, ni même les héritiers légitimes, *grevés de restitution*, ne pourront en aucun cas opposer aux appelés le défaut de transcription. Pourquoi? parce qu'il sont tenus eux-mêmes d'accomplir cette formalité. Ce que le législateur a dit dans l'article 941 des personnes chargées de faire faire la transcription de la donation, il le répète dans l'article 1072 pour les personnes chargées de faire transcrire la substitution. Cet article 1072 n'est donc qu'une sorte de sanction de l'article 1069, qui veut que la substitution soit rendue publique à la diligence du grevé [1]. Tel est en peu de mots notre système, qu'il est facile de justifier par les dispositions du droit ancien et notamment de l'ordonnance de 1747, dont l'article 1072 n'est, comme on l'a déjà dit, que la reproduction à peu près textuelle.

Avant l'année 1747, divers édits, déclarations et ordonnances avaient réglementé la matière des substitutions. C'est ainsi que l'article 57 de l'ordonnance de Moulins du mois de février 1566 ordonne « que doresnavant toutes dispositions entre-vifs » ou de dernière volonté contenant substitution seront, pour » le regard d'icelles substitutions, publiées en jugement à jour » de plaidoirie et enregistrées ès greffes royaux plus proches » des lieux des demeurances de ceux qui auront fait les dites » substitutions [2]. »

[1] Nous avons émis pour la première fois cette opinion au concours d'agrégation de 1856.

[2] Déjà un édit de Henri II, du mois de mai 1553, avait prescrit la publi-

Digitized by Google

Il résulte en outre d'une déclaration du 16 novembre 1690, qui statue sur le temps et sur les effets de cette publication et de cet enregistrement, que les créanciers et les tiers acquéreurs du grevé seront admis à se prévaloir du défaut de publicité. Mais le grevé lui-même le pourra-il? Le silence de la déclaration à cet égard avait fait naître des difficultés, et notamment par rapport à l'héritier institué grevé de restitution. Ricard (*Traité des substit.*, part. II, chap. 13, sect. 2, nos 120 et suiv.) combat le sentiment de ceux qui décidaient la question en faveur du grevé. On prétendrait en vain, remarque-t-il, que l'ordonnance prononce sans distinction la nullité contre les substitutions qui n'auraient pas été publiées et enregistrées dans les six mois. L'intention de la loi n'a pas été de récompenser la négligence du grevé chargé lui-même de faire procéder à la publication, et ce serait la récompenser que d'autoriser dans ce cas la nullité de la clause portant restitution.

Quoi qu'il en soit de cette controverse, dont nous supprimons les détails, disons seulement qu'une déclaration de Louis XIV, du 18 janvier 1712, eut pour objet de faire cesser toute divergence, en décidant que le grevé chargé de l'accomplissement des formalités ne serait pas recevable à se prévaloir de leur omission. Voici comment s'exprime la déclaration à ce sujet : « Nous » avons appris, est-il dit dans le préambule, qu'il se forme de » fréquentes contestations dans plusieurs de nos cours pour » savoir ceux qui sont chargés de faire publier les substitu- » tions, et si les héritiers, soit *ab intestat*, soit institués, et les » donataires et légataires peuvent opposer aux substitués le dé- » faut de publication. » En conséquence, pour faire disparaître toute difficulté, la déclaration porte que les substitutions doivent être publiées et enregistrées, « à la diligence, y est-il dit, des » héritiers soit institués, soit *ab intestat*, donataires ou légataires » universels, ou même particuliers, *lorsque leurs donations ou* » *leurs legs seront chargés de substitutions.* » Et plus loin, afin de sanctionner cette prescription, le rédacteur de la déclara-

cation et l'enregistrement de tous testaments portant fidéicommis, afin d'éviter les fraudes que pourraient commettre les héritiers en célant le contenu desdits testaments. Mais cet édit, qui ne s'appliquait pas aux donations entre-vifs, était d'ailleurs demeuré sans effet, même quant aux testaments, suivant le témoignage de Ricard (*Traité des substit.*, part. II, chap. 13, sect. 2, n° 118).

Digitized by Google

tion ajoute : « Ne pourra le défaut de publication et d'enregistre-
» ment être opposé en aucun cas aux substitués par les héri-
» tiers institués ou *ab intestat*, donataires ou légataires univer-
» sels ou particuliers, ni par leurs successeurs, à l'égard desquels
» les substitutions auront leur effet comme si elles avaient été
» publiées et enregistrées. » Pourquoi? parce qu'il y a eu faute de la part de ces diverses personnes, qui, se trouvant grevées de restitution, auraient dû pourvoir elles-mêmes à l'exécution des formalités prescrites par le législateur [1]. C'est cette énumération des héritiers, des donataires et des légataires, tous chargés de rendre, qui a passé dans l'article 34 de l'ordonnance de 1747 et plus tard dans l'article 1072 du Code Napoléon.

L'article 34 du titre 2 de l'ordonnance de 1747 défend aux donataires, héritiers légitimes ou institués, légataires universels ou particuliers, d'opposer aux substitués le défaut de publication et d'enregistrement. Le législateur n'a voulu parler ici, disons-nous, que du grevé lui-même : il suffit, pour le démontrer, de rapprocher l'article 34 de l'article 18 du même titre. Après avoir déclaré que les substitutions fidéi-commissaires devront être publiées et enregistrées, l'article 18 ajoute immédiatement : « Le tout à la diligence des donataires, héritiers
» institués, légataires universels ou particuliers, *qui seront*
» *grevés de substitution*, même des héritiers légitimes, *lorsque*
» *la charge du fidéicommis tombera sur eux dans les cas de*
» *droit*. » En comparant cet article 18 avec l'article 34, qui contient la même énumération de personnes et dans les mêmes termes, ne devient-il pas évident qu'il n'est question dans ce dernier texte que du grevé lui-même donataire, héritier institué, légataire universel ou particulier, ou même héritier légitime?

[1] Dans les nouvelles observations qui accompagnent le *Recueil d'arrêts de Henrys* (t. III, suite du liv. V, quest. 80), il est dit que la déclaration de 1712 fut rédigée sur un projet dressé par M. Bretonnier, homme très-versé dans ces matières, et à la suite des réclamations élevées par les États de Languedoc. Ce projet, inséré dans le même ouvrage, porte que « les héritiers, soit
» testamentaires ou *ab intestat*, les donataires, légataires et fidéicommis-
» saires *chargés de substitution* seront tenus de faire procéder à la publication
» et enregistrement desdites substitutions; que sinon, ni eux ni leurs héri-
» tiers, soit testamentaires ou *ab intestat*, donataires ou légataires, ne pour-
» ront se prévaloir du défaut de publication et d'enregistrement desdites sub-
» stitutions contre ceux qui y sont appelés. »

Digitized by Google

L'article 18 met à la charge du grevé la publication et l'enregistrement; l'article 34 complète la disposition en déclarant que le grevé ne pourra se faire un moyen de nullité de l'omission de ces formalités.

S'il restait encore un doute sur le sens de l'article 34, il serait levé par l'article qui suit : « Voulant assurer pleinement, dit » l'article 35, l'observation des règles ci-dessus prescrites pour » la conservation des droits des substitués, ordonnons qu'à l'a- » venir les donataires, héritiers institués, légataires universels » ou particuliers, *qui seront grevés de substitution*, ou ceux qui » en prendront la place à leur défaut, ne pourront se mettre en » possession des biens compris dans la substitution qu'en vertu » d'une ordonnance du premier officier des siéges mentionnés » dans les articles 19 et 20; laquelle ordonnance ils ne pourront » obtenir qu'en rapportant l'acte de publication et d'enregistre- » ment de la substitution. » Ainsi tout s'enchaîne dans ces diverses dispositions. Le grevé est tenu de rendre la substitution publique (art. 18); s'il ne le fait pas, non-seulement il ne peut se prévaloir de sa propre faute à l'encontre des substitués (art. 34); mais il ne peut pas même entrer en jouissance (art. 35).

Pothier interprétait, comme nous venons de le faire, l'ordonnance de 1747. Dans son introduction, au titre XVI de la coutume d'Orléans, sect. 2, article 1, alinéa 3, après avoir parlé des personnes qui peuvent opposer le défaut de publication, il ajoute, en termes aussi clairs que concis : « Mais il ne peut » l'être par le grevé : partie 2 (de l'ordonnance) article 34. »

Thévenot d'Essaule, dans son *Traité des Substitutions* (sect. 6, chap. 43, § 3) publié en 1778, est non moins précis sur ce point : « Ni le grevé, dit-il, ni ses représentants, ne peuvent » argumenter de ce défaut : ils en sont, au contraire, garants » envers les appelés. » Et en note : « Ordonnance des substitu- » tions, article 34 [1]. »

Cette interprétation est, du reste, la seule qui donne une explication satisfaisante de la partie de l'article 34 qui défend, *même aux héritiers légitimes*, d'opposer la nullité. S'il s'agit

[1] Voir, dans le même sens, l'*Esprit des ordonnances de Louis XV*, par Sallé, avocat au parlement. Paris, 1771. — Furgole applique l'article 34 à tous les successeurs à titre gratuit du disposant, grevés ou non grevés; mais cette opinion isolée ne nous paraît pas devoir être suivie.

Digitized by Google

dans le texte des successeurs à titre gratuit du disposant, autres que le grevé lui-même, on ne comprend pas pourquoi le législateur a cru devoir attirer l'attention plus spécialement sur l'héritier légitime. En effet, un second donataire de la chose déjà donnée à charge de rendre ne peut pas valablement opposer aux appelés le défaut de publication et d'enregistrement. Mais il le pourra bien moins encore si à sa qualité de donataire il joint celle d'héritier légitime [1], puisqu'il est alors tenu des obligations de son auteur, et que cet auteur a dû respecter la substitution par lui faite, malgré le défaut de publicité. Il n'y a donc pas de doute possible à l'égard de l'héritier légitime, et cependant l'ordonnance semble supposer, par la rédaction même de son texte, qu'en ce qui le concerne, la question est de nature à faire naître quelque difficulté.

Si, au contraire, l'article 34 a entendu parler de l'héritier chargé de rendre, le mot *même* s'explique facilement : on a voulu prévenir un doute qui aurait pu naître de la double qualité de donataire ou de légataire et d'héritier résidant sur la même tête. Supposons, si l'on veut, un testament dans lequel il est fait un legs à l'héritier légitime avec charge de restitution. L'héritier, qui n'a pas fait publier et enregistrer, raisonne de la manière suivante, afin de faire tomber une disposition sans laquelle il serait propriétaire irrévocable : Si j'étais simplement légataire et grevé, je serais en faute de n'avoir pas fait publier et enregistrer, et le principe de l'article 34 devrait recevoir son entière application à mon égard. Mais je ne suis pas seulement légataire, je suis encore héritier; or cette dernière qualité, que la loi seule me confère, ne m'oblige pas à faire procéder à l'accomplissement des formalités, et l'on ne saurait, dès lors, m'opposer la règle de l'article 34. Ce n'est point mon titre de légataire que j'invoque contre les appelés; c'est celui d'héritier qui me permet, sans conditions, de recueillir les biens composant le legs fait à mon profit. En vain les appelés alléguerait-ils que, comme héritier, je suis soumis aux obligations de mon auteur; que le disposant, dont ils sont eux-mêmes les donataires directs, puisqu'ils tiennent la libéralité *non à*

[1] Si l'héritier légitime n'est pas en même temps donataire ou légataire, il n'a aucun intérêt à se prévaloir, à l'encontre des appelés, de ce que la substitution n'a été ni publiée ni enregistrée. Si, en effet, la substitution tombe, le grevé devient propriétaire incommutable des biens.

Digitized by Google

gravato, sed à gravante, n'aurait pas pu leur opposer le défaut de publicité ; que comme lui, par conséquent, je suis tenu de respecter la substitution, qui est une donation véritable. Je leur répondrais qu'ici la loi fait elle-même exception aux principes généraux, que si elle défend au disposant de demander la nullité de la donation (art. 27 de l'ordonnance de 1731), elle le permet à toute personne intéressée, et notamment aux héritiers (même texte).

La loi s'est chargée de répondre à ce raisonnement de l'héritier légitime. Elle semble lui dire, en effet, qu'il importe peu d'examiner si, dans l'espèce, il succède ou ne succède pas aux obligations de son auteur ; qu'en sa qualité de légataire il était personnellement tenu de rendre publique la substitution ; que, s'il ne l'a pas fait, il est en faute, et ne saurait se prévaloir de cette faute au détriment des appelés. C'est inutilement que pour échapper à cette conséquence il prétendrait retenir les biens comme héritier et renoncer à son titre de légataire desdits biens ; il ne dépend pas de lui de faire abstraction à volonté de cette dernière qualité, alors qu'il entend conserver la chose donnée ; bien qu'héritier, il est *lui-même* soumis aux prescriptions de la loi, qui lui enjoint de faire publier et enregistrer. S'il pouvait impunément se dispenser d'obéir, ce serait lui permettre d'empêcher, par son propre fait et dans son intérêt personnel, l'entière exécution de la volonté du défunt.

Telle est, selon nous, la paraphrase la plus naturelle de ces mots de l'article 34 : *même les héritiers légitimes.* Si la rédaction de l'ordonnance a cru devoir s'expliquer sur ce point, c'est à cause des difficultés qu'avait fait naître la question. Ricard (*loc. cit.*, n°s 123 et 124) réfute l'opinion de ceux qui voulaient permettre à l'héritier *ab intestat* d'invoquer la nullité de la substitution faute de publicité.

Remarquons encore que rarement le grevé lui-même se trouvera en présence des appelés quand s'élèvera la question qui fait l'objet de l'article 34. A quelle époque, en effet, la verra-t-on se débattre? Au moment où les substitués se présenteront pour recueillir le bénéfice de la disposition, en d'autres termes, au moment de l'ouverture de la substitution. Or ce n'est ordinairement qu'à la mort du grevé que naît l'obligation de restituer ; ce sont donc ses héritiers qui se trouveront en lutte avec les appelés. Mais si l'on suppose une substitution à terme ou sous

Digitized by Google

condition, c'est entre le grevé lui-même et les appelés qu'existera le conflit lors de l'arrivée du terme ou de l'événement de la condition.

L'article 34 ne parle pas seulement des donataires, héritiers institués, légataires universels ou particuliers, et héritiers légitimes de celui qui a fait la disposition; il énumère encore les donataires de ceux-ci, leurs légataires ou héritiers. Or s'il s'agit, dans la première partie du texte, des donataires, légataires ou héritiers grevés de restitution, il est bien évident que dans la seconde la loi veut parler des successeurs à titre gratuit du grevé, donataires, légataires ou héritiers; aux termes de l'article 34, ni les uns ni les autres ne sauraient se prévaloir du défaut de publicité.

Pothier, dans son *Traité des substitutions*, sect. Ire, art. 4, § 6, s'exprime en ces termes sur cette deuxième partie de l'article 34 : « Non-seulement, dit-il, les successeurs universels » des grevés ne peuvent opposer le défaut d'insinuation, l'*or-* » *donnance, art.* 34, veut qu'il ne puisse être opposé par les » donataires et légataires particuliers de biens substitués. La » raison est que ces formalités ayant été établies pour que ceux » qui contracteraient avec le grevé ne puissent être induits en » erreur, ce n'est qu'en faveur de ceux qui contracteraient à » titre onéreux qu'elles sont établies, et non pas en faveur des » donataires et légataires, à qui l'acquisition qu'ils ont faite » de biens substitués ne peut jamais préjudicier, puisqu'il ne » leur a rien coûté pour les acquérir. »

La question que nous venons d'examiner ainsi et de résoudre pour le droit ancien, doit recevoir la même solution sous l'empire des lois nouvelles, attendu que les textes du Code ne sont à cet égard, comme on l'a déjà dit, que la reproduction des dispositions de l'ordonnance. C'est ainsi que l'on retrouve dans l'article 1072 les expressions : *même les héritiers légitimes*, et la double énumération des personnes ci-dessus relatée. Il convient encore d'ajouter que, lors de la rédaction du Code, les articles 1069 et suivants ont été adoptés sans aucune espèce de discussion, sans modifications et tels qu'ils avaient été présentés au Conseil d'État. Rien n'indique donc, dans les travaux préparatoires, qu'on ait voulu donner à l'article 1072, copié sur l'article 34 de l'ordonnance, un sens différent de celui qui était attribué à ce dernier texte par les jurisconsultes anciens, et

Digitized by Google

notamment par Pothier, le guide habituel des rédacteurs du Code. L'article 1072, selon nous, défend donc au grevé d'exciper du défaut de transcription. Il n'est que la sanction et la conséquence de l'article 1069, qui impose à ce grevé lui-même l'obligation de faire transcrire; seulement au lieu d'énumérer, ainsi que le faisait l'article 18 de l'odonnance, ainsi que le fait encore notre article 1072, les personnes qui peuvent être grevées de substitution, l'article 1069 se contente de parler du grevé en général : aussi la comparaison de ce dernier texte avec l'article 1072 ne suffirait-elle pas pour justifier notre proposition.

La règle posée par l'article 1072 s'applique à tout grevé, quelle que soit sa qualité, qu'il soit donataire, légataire, ou même héritier légitime du disposant. Toutefois, cette énumération de personnes semble se concilier difficilement avec les principes du droit actuel en matière de substitutions permises. En effet, sous l'empire du Code, il n'y a pas de grevé, en apparence au moins, qui soit simplement donataire ou légataire; tout grevé est nécessairement héritier, attendu que la charge de rendre ne peut être imposée qu'aux descendants, et à défaut de descendants seulement, aux frères et sœurs. Si donc l'article 1072 avait le sens que nous lui attribuons, il se serait contenté de parler du grevé héritier légitime, ou plus simplement du grevé en général, comme le fait l'article 1069. Dans l'ancien droit, au contraire, où toute personne même étrangère était valablement chargée de restitution, il importait, en précisant les effets du défaut de publicité, de se demander si ces effets seraient indépendants de la qualité du grevé donataire. Mais sous le Code, tout grevé étant héritier, les mots *donataires ou légataires* semblent parfaitement inutiles. On va voir cependant qu'il n'en est rien et qu'il arrivera quelquefois que le grevé intéressé à invoquer le défaut de transcription n'aura pas la qualité d'héritier. Soit une donation faite à un enfant, avec charge de rendre au bout d'un certain temps; supposons le terme arrivé avant la mort du donateur : voilà bien le grevé donataire, qui n'est point héritier, puisque la succession du disposant n'est pas ouverte au moment de l'ouverture de la substitution. Les appelés, enfants du grevé (art. 1048 et 1049), bien qu'ils soient les héritiers futurs de celui-ci, sont cependant intéressés à ce qu'on ne puisse pas invoquer contre

Digitized by Google

eux le défaut de transcription, afin de recueillir immédiatement les biens composant la substitution. Et s'il était permis de se prévaloir à leur encontre de ce que la substitution n'a pas été rendue publique, ils ne recueilleraient peut-être rien, même au décès; car le grevé, devenu propriétaire irrévocable, aurait pu valablement aliéner les biens, soit à titre onéreux, soit à titre gratuit, sauf l'action en réduction dans ce dernier cas.

Le grevé légataire, aussi bien que le grevé donataire, peut n'avoir pas la qualité d'héritier. Il suffit pour s'en convaincre de supposer le cas où le grevé, enfant du testateur, a renoncé à la succession de celui-ci pour s'en tenir au legs qui lui est fait. Ce n'est donc pas sans raison, comme on le voit, que le législateur a énuméré séparément les donataires, les légataires et les héritiers légitimes.

Dans la deuxième partie de l'article 1072, la loi défend aux héritiers du grevé d'opposer aux appelés le défaut de transcription. Mais comment les appelés se trouveront-ils jamais en opposition avec les héritiers du grevé, puisqu'ils sont eux-mêmes ces héritiers, la substitution ne pouvant être consentie qu'au profit de tous les enfants nés ou à naître du grevé donataire? Il faut supposer, pour l'application de cette partie de l'article, que les appelés renoncent à la succession du donataire. Par là ils ne renoncent point aux biens substitués, puisque ces biens venant *à gravante, non à gravato*, ne sont point compris dans la succession du grevé. Voilà donc un cas dans lequel la question de l'article 1072 se débattra entre les appelés renonçants et les héritiers du grevé du degré subséquent.

On peut supposer encore que, parmi les appelés, quelques-uns seulement renoncent à la succession, tandis que les autres l'acceptent. La question de publicité sera sans intérêt pour ces derniers, lesquels réunissent sur leur tête la double qualité d'appelés et d'héritiers du grevé. Mais quant à ceux qui renoncent, il est inutile de se demander si le défaut de transcription leur sera valablement opposé. Ici encore nous trouvons en présence les héritiers du grevé et certains appelés qui ne sont point héritiers.

Après avoir ainsi précisé le sens de l'art. 1072 et déterminé quelques-uns des cas d'application de ce texte, il nous reste à le rapprocher de l'article 1070, relatif au même sujet. Par là nous verrons que notre système a l'avantage de rendre claires,

Digitized by Google

complètes et concordantes, les dispositions du Code sur la matière qui nous occupe.

Quelles sont, en effet, les personnes ayant intérêt à se prévaloir du défaut de publicité de la substitution? Ce sont le grevé, ses créanciers et ses successeurs universels ou particuliers, soit à titre gratuit, soit à titre onéreux. Les articles 1070 et 1072 statuent successivement sur les uns et sur les autres. Le premier permet aux créanciers et aux tiers acquéreurs du grevé d'opposer le défaut de transcription. Mais la loi entend-elle parler des tiers acquéreurs à titre gratuit aussi bien que des tiers acquéreurs à titre onéreux? Les auteurs se prononcent pour la négative; la question néanmoins paraît susceptible de quelque difficulté, puisque l'article 1070 parle des tiers acquéreurs en général.

Dans notre système, le doute n'est pas possible; la question, ainsi qu'on l'a déjà vu, se trouve résolue par l'article 1072 au profit des appelés, soit contre le grevé lui-même, soit contre tous ses successeurs à titre gratuit, donataires, légataires ou héritiers.

Quant à ceux qui sont intéressés à connaître la donation elle-même faite à charge de rendre, ce sont les créanciers et les successeurs du disposant, autres que le grevé. Ces diverses personnes pourront-elles opposer, soit à ces derniers, soit aux appelés, après l'ouverture de la substitution, le défaut de transcription de la donation? Le législateur n'avait pas à s'expliquer sur ce point au chapitre des substitutions, puisque tout ce qui touche à la publicité des libéralités entre-vifs a été résolu par les articles 939 et suivants. Pour savoir à l'égard de quelles personnes et dans quels cas le défaut de transcription entraînera la nullité de la donation elle-même, il n'y a pas à distinguer si cette donation est pure et simple ou si, au contraire, elle n'a été faite qu'avec charge de rendre : on appliquera dans les deux hypothèses les dispositions des articles précités.

Nous ne voulons point examiner ici les difficultés que soulève cette matière; toutefois parmi les questions qui s'élèvent sur l'article 941, il en est une qu'il ne nous est pas permis de passer sous silence, parce qu'on invoque pour la résoudre notre article 1072. Il s'agit de savoir si, lorsqu'une première donation pure et simple n'a pas été transcrite, un second donataire de la même chose a le droit de se prévaloir du défaut de publicité

Digitized by Google

à l'encontre du premier donataire. Les auteurs sont loin d'être d'accord sur ce point; mais, pensant qu'il s'agit dans l'article 1072 des successeurs à titre gratuit du disposant, autrès que le grevé lui-même, ils prennent cet article pour base de la discussion.

Ceci étant admis comme vrai, voici comment on peut raisonner dans l'intérêt du premier donataire : L'article 1072 défend aux seconds donataires d'opposer aux appelés le défaut de transcription ; or ces appelés, qui tiennent la chose donnée du disposant lui-même, *non à gravato, sed à gravante*, sont véritablement des donataires antérieurs ; et si l'absence de publicité ne saurait être invoquée contre eux dans ce cas de substitution par les donataires subséquents, on ne voit pas pourquoi il en serait autrement quand il s'agit d'une première donation pure et simple.

Ceux, au contraire, qui veulent permettre aux donataires postérieurs d'opposer utilement aux premiers le défaut de transcription, repoussent l'application de l'article 1072 en disant que cet article n'est qu'une exception; que c'est une disposition toute de faveur pour les appelés, qui sont peut-être des enfants à naître, peut-être même des enfants non encore conçus; que ce motif explique pourquoi l'article 1072 examine la question par rapport aux appelés seulement, et non point par rapport au grevé ; que ce grevé, aussi bien que tout donataire en général, reste sous l'application pure et simple de l'article 941, lequel accorde à toute personne intéressée, et par suite aux seconds donataires, le droit d'invoquer la nullité résultant du défaut de transcription.

D'après le système que nous avons adopté sur l'article 1072, il est évident que cet article doit être tout à fait écarté pour la solution de la difficulté, puisqu'il règle les rapports du grevé avec les appelés, et qu'il est étranger à ceux d'un donataire antérieur avec un second donataire de la même chose. La question, dès lors, doit être décidée par application pure et simple de la règle de l'article 941, qui autorise toute personne intéressée à opposer le défaut de transcription ; or le second donataire a un intérêt évident à ce que la première donation soit réputée nulle et de nul effet ; il ne figure point, supposons-le, parmi les personnes chargées de la faire transcrire, il ne succède point aux obligations du disposant, qui n'aurait pu lui-même invoquer

Digitized by Google

la nullité. En conséquence, comment lui refuser le droit de revendiquer à son profit l'application de l'article 941? Ajoutons enfin que l'ordonnance de 1731, dont l'article 941 n'est que la reproduction abrégée, énumérait expressément les donataires postérieurs parmi les personnes pouvant opposer le défaut d'insinuation.

Si maintenant nous supposons que deux donations successives de la même chose ayant été faites, la première l'a été avec charge de rendre, la solution sera identiquement la même, soit par rapport au grevé, soit par rapport à l'appelé. En d'autres termes, le second donataire excipera valablement du défaut de transcription, soit contre l'un, soit contre l'autre. D'une part, en effet, tous deux sont de véritables donataires antérieurs; d'autre part, le silence du législateur dans le chapitre des substitutions, relativement au point qui nous occupe, prouve clairement qu'il n'a pas voulu déroger aux règles concernant la publicité des libéralités entre-vifs. A. PISON.

ESSAI SUR LES LIBÉRALITÉS

EN FAVEUR DES ÉTABLISSEMENTS PUBLICS OU ECCLÉSIASTIQUES.

Par M. DE SALVERTE, auditeur au Conseil d'État.

(*Suite*[1].)

CHAPITRE VII.

Des dons et legs faits aux associations d'hommes religieuses et enseignantes.

Deux décrets impériaux, rendus en 1856, ont autorisé à titre d'établissements d'utilité publique l'association des Frères de Saint-Jean-François-Régis, établie au Puy (Haute-Loire)[2], et celle des Frères des écoles chrétiennes de la Miséricorde, dont le siége principal est dans l'abbaye de Mondebourg (Manche)[3].

Nous voulons simplement rappeler, à ce sujet, l'origine des écoles de Frères actuellement existantes, et rechercher si ces

[1] V. t. X, p. 410 et suiv.
[2] Décret du 19 août 1856.
[3] Décret du 4 septembre 1856.

Digitized by Google

associations constituent des personnes civiles, capables d'acquérir et de recevoir.

Cette question qui ne paraît plus douteuse aujourd'hui, doit être résolue affirmativement, après les longues et sérieuses discussions qu'elle a fait naître.

Nous examinerons successivement :

1° Si les Frères des écoles chrétiennes et des autres institutions semblables, vouées à l'enseignement primaire, jouissent de la vie civile ;

2° S'ils réunissent les caractères constitutifs des établissements d'utilité publique ;

3° S'ils ne sont pas, en réalité, des établissements ecclésiastiques non reconnus par les lois.

« On n'aura jamais de vrais instituteurs publics tant qu'on » n'aura pas une agrégation d'hommes consacrés à cet objet in- » téressant..... Pourquoi la faculté de s'agréger ne serait-elle » pas permise à des ecclésiastiques citoyens, qui vivraient pu- » bliquement sous les yeux de l'autorité, qui ne connaîtraient » que les lois, et qui se dévoueraient au bien de la société?....

» L'état d'instituteur acquerrait ainsi plus de consistance dans » l'opinion ; car *cet état ne peut que perdre, quand il n'est rem- » pli que par des particuliers*, qui sont obligés de tirer toute leur » consistance d'eux-mêmes. »

Cette appréciation, dont plusieurs peut-être s'effaroucheraient aujourd'hui, semble plus remarquable encore, quand on connaît son auteur et le temps où elle a été écrite : Portalis développait cette pensée dans un rapport confidentiel adressé au Premier consul, peu après la promulgation du Concordat [1]. Il ne faut pas voir là un fait isolé : ces paroles étaient une marque certaine du retour bienfaisant de la raison et de la justice parmi nous. Dix ans de catastrophes et de crimes sans nom avaient donné à tous l'ardente soif du bien. Après la chute de la monarchie, et le renversement de toute autorité en France, l'édifice éternel de la Religion avait paru lui-même chanceler sur sa base au milieu du schisme, des proscriptions et des violences exercées contre le chef de l'Église et contre ses pasteurs ; mais la lumière divine, en épurant et fortifiant les âmes, était enfin

[1] Rapport à l'Empereur sur l'association religieuse que le cardinal-archevêque de Lyon proposait d'autoriser dans son diocèse, 2 pluviôse an XII. (*Discours et travaux de Portalis.*)

Digitized by Google

sortie triomphante de sa lutte avec les aberrations de l'esprit humain.

Tout venait de s'écrouler, et tout allait renaître de ses ruines. L'excès de nos malheurs avait seul pu amener ce prodigieux changement. Quand le vent des révolutions, en frappant de grands coups, a tout nivelé sur la terre, il ne renverse pas les notions éternelles de la foi et de la charité. S'il paraît les atteindre, c'est pour les porter au loin, en mille lieux différents, où il entasse, où il élève rapidement ces flots toujours croissants d'un sable inaltérable; bientôt il vient se briser lui-même contre le rempart que sa violence a construit.

Le rétablissement du culte en France fut le signal donné au nouvel essor des idées religieuses. Parmi tant d'œuvres diverses, fruit spontané et vivifiant de la piété catholique, l'admirable jugement de Napoléon ne pouvait méconnaître l'utilité et l'heureuse inflence de l'institution des Frères des écoles chrétiennes : il reconnut leur existence et consacra formellement leurs droits à l'éducation de la jeunesse.

SECTION I.

Des Frères des écoles chrétiennes.

I. Des lettres-patentes, enregistrées au parlement de Rouen, en septembre 1724, avaient autorisé l'établissement de l'institution des Frères dans une maison *Saint-Yon,* dont le nom a souvent depuis servi à désigner leur association[1]. Ils obtinrent le droit et la faculté de jouir et posséder tous les fonds et héritages dont on pourrait leur faire legs ou donations, etc. Leur but était « de former les sujets du roi à tenir des écoles de cha- » rité pour envoyer dans les différentes villes du royaume. » A Rouen, ils devaient donner l'enseignement gratuit aux enfants.

Il y avait cinq ans à peine que le vénérable abbé de la Salle venait de terminer sa laborieuse carrière (1651-1719). après avoir jeté dans la ville de Reims, dès 1680, les premiers fondements de cette pieuse et féconde institution.

L'établissement s'avança à grands pas dans la noble voie qui lui était tracée. Ses services ne furent pas un instant méconnus, même de la Révolution qui le persécutait; et, par un singulier

[1] Approuvée en 1725 par une bulle du pape Benoît XIII.

Digitized by Google

privilége, il eut la gloire d'être retranché de la France au même jour que les Sœurs de charité.

Aux termes de la loi du 18 août 1792, l'Assemblée nationale « considérant qu'un état vraiment libre ne doit souffrir dans » son sein aucune corporation, *pas même celles qui, vouées à » l'enseignement public, ont bien mérité de la patrie.....*, décréta » que les corporations connues en France sous le nom de con- » grégations séculières, ecclésiastiques...., les congrégations » laïques, *telles que celle des frères de l'école chrétienne.....*; et gé- » néralement toutes les corporations religieuses et congrégations » séculières d'hommes et de femmes, ecclésiastiques ou laï- » ques, même celle uniquement vouées au service des hôpitaux » et au soulagement des malades.....; et toutes les autres asso- » ciations de piété ou de charité étaient éteintes et suppri- » mées. »

Réclamée dès 1801 par les conseils généraux, rétablie de fait à Lyon, en 1803 et 1805, par les soins du cardinal Fesch, l'institution des Frères vit son existence consacrée,

1° Par le décret du 17 mars 1808 sur l'Université, dont l'article 109 est ainsi conçu :

« Les Frères des écoles chrétiennes seront brevetés et encou- » ragés par le grand-maître, qui visera leurs statuts intérieurs, » les admettra au serment, leur prescrira un habit particulier, » et fera surveiller leurs écoles. Les supérieurs de ces congré- » gations pourront être membres de l'Université. »

2° Par l'approbation de leurs statuts en conseil de l'Université, le 22 juin 1810;

3° Par le décret du 26 juin 1809, qui établit dans la ville de Reims des écoles gratuites pour l'instruction des enfants de familles indigentes, sous la direction et la surveillance du bureau de bienfaisance. Aux termes de ce décret, les instituteurs durent être choisis parmi les membres des *institutions spécialement reconnues pour se vouer à l'éducation gratuite des pauvres*. Or les Frères des écoles chrétiennes formaient le seul établissement de ce genre qui fût alors reconnu.

L'institut des Frères des écoles chrétiennes, ainsi affermi sous l'Empire, trouva plus de faveur encore auprès de la Restauration. Il est mentionné expressément dans chacune des trois Ordonnances royales, relatives à l'instruction primaire; bien plus, il

Digitized by Google

sert en quelque sorte de type à toutes les autres associations religieuses et enseignantes qui suivirent.

Aux termes de l'ordonnance du 29 février 1816, qui règle ce qui regarde l'instruction primaire dans tout le royaume : « Toute » association religieuse ou charitable, telle que celle des Frères » des écoles chrétiennes, pourra être admise à fournir, à des » conditions convenues, des maîtres aux communes qui en de- » manderont, pourvu que cette association soit autorisée par le » Roi, et que ses règlements et les méthodes qu'elle emploie » aient été approuvés par la commission de l'instruction pu- » blique (art. 36). »

Suivant l'ordonnance du 14 avril 1824 (art. 12) : « Les Frères » des écoles chrétiennes de Saint-Yon et des autres congréga- » tions régulièrement formées, conserveront leur régime actuel. » Ils pourront être appelés par les évêques diocésains dans les » communes qui feront les frais de leur établissement. »

Enfin l'article 10 de l'ordonnance du 21 avril 1828 prescrivit « qu'à l'égard des Frères des écoles chrétiennes et des membres » de toute association charitable légalement autorisée pour » former ou pour fournir des instituteurs primaires, le recteur » remettrait à chacun d'eux un brevet de capacité. »

Mais ce n'est pas seulement dans les actes du gouvernement que les Frères doivent chercher la preuve de leur existence légale : l'université, les tribunaux [1], l'administration de l'enregistrement elle-même [2] ne l'ont jamais mise en doute.

Enfin il est établi que, de 1815 à 1839, cent trois ordonnances royales avaient autorisé l'acceptation des libéralités qui leur étaient faites, sans soulever d'objection quant à la légalité de l'association. Après une longue et savante discussion au Conseil d'État, le 2 mai 1839, cette question fut définitivement résolue en leur faveur.

II. Mais alors même que les Frères des écoles chrétiennes sembleraient posséder un caractère légal, est-ce une condition suffisante pour être en mesure d'accomplir tous les actes de la

[1] Arrêt de la Cour de cassation, 27 avril 1830.

[2] Jusqu'à la loi du 18 avril 1831, les actes qui les concernaient ne furent assujettis qu'au droit *fixe* pour l'enregistrement et la transcription hypothécaire, suivant le bénéfice accordé, par l'article 7 de la loi du 16 juin 1824, aux départements, arrondissements, communes, hospices, séminaires, fabriques, congrégations, consistoires et *autres établissements publics*.

Digitized by Google

vie civile? et peut-on affirmer qu'ils réunissent tous les caractères d'un établissement d'utilité publique?

Quel est donc le caractère constitutif d'un pareil établissement? Quelles conditions exige-t-on de sa nature? de son but? de ses moyens? Quelles sont, enfin, les formes rigoureusement nécessaires pour arriver à cette reconnaissance? Ces éléments ne sont indiqués nulle part. On sait seulement qu'en principe aucun établissement d'utilité publique ne peut être fondé sans l'intervention de l'État. C'est qu'en effet il n'appartient qu'aux pouvoirs publics de déclarer et de constater l'utilité publique; et que, d'un autre côté, eux seuls sont capables, après l'avoir reconnue, d'apprécier la convenance et la légalité des moyens que l'on se propose d'employer.

Ces conditions paraissent avoir été suffisamment remplies dans l'espèce. Autorisés par le gouvernement, placés sous sa surveillance, lui soumettant leurs statuts, les Frères n'ont-ils pas été *encouragés* par un texte formel? et que faut-il de plus?

III. Enfin, si l'association des Frères de Saint-Yon existe régulièrement comme société laïque, est-il légitime de déguiser ainsi la nature, l'existence d'une de ces congrégations religieuses, que les lois des 13 février 1790 et 18 août 1792, non encore rapportées, ont à jamais proscrites?

Il est facile de répondre que les lettres-patentes de 1724 ont autorisé les Frères comme *établissement de charité;* que la loi même de 1792, qui les supprime, leur reconnaît le caractère de *corporation laïque*; et qu'enfin lors du décret de 1808, qui sanctionna implicitement leur existence, on était trop près de la Révolution, pour oublier les dangers de certains ordres religieux au point de les rétablir.

Loin de rapporter les ordonnances de la Restauration si favorables aux Frères, le gouvernement de Juillet, gardien si scrupuleux des libertés publiques contre les envahissements au moins problématiques des congrégations, le gouvernement de 1830 a soutenu de tout son pouvoir cette institution humble et dévouée. Il reconnut hautement « que cette milice excellente » opérait un bien immense; que tous instruisaient en général » par l'exemple aussi bien que par la parole; qu'ils avaient » su prendre toutes les bonnes méthodes, et ne propageaient

Digitized by Google

» que de salutaires maximes, etc., etc.[1] » La seconde république, disons-le à sa louange, n'inquiéta pas la religion et lui rendit d'importants services. Par la loi du 15 mars 1850 sur l'enseignement, les droits de toutes les associations religieuses et enseignantes furent encore mieux garanties, s'il en était besoin. La congrégation des Frères de Saint-Yon, dite des écoles chrétiennes, autorisée par le premier Empire à former des instituteurs pour tous les départements, a été appelée, sous le règne de Napoléon III, « à fonder et à diriger des écoles dans les » possessions françaises du nord de l'Afrique[2]. »

SECTION II.

Des autres institutions de Frères.

Il est d'autres associations religieuses et enseignantes que celles des écoles chrétiennes : les unes autorisées à ce titre par la Restauration, les autres reconnues depuis comme établissements d'utilité publique. Malgré cette diversité d'origine, leurs droits sont-ils identiques? Peuvent-elles, de plus, être régulièrement assimilées à l'institut des Frères de Saint Yon? Jouissent-elles comme lui d'une existence légale et de la capacité d'acquérir, de recevoir et de posséder?

I. Examinons d'abord si ces associations, sous le nom dont elles se couvrent, ne cachent point en réalité des établissements ecclésiastiques qui, tout en existant de fait en France, n'ont point été publiquement et officiellement autorisés.

Toute congrégation ou corporation régulière ou séculière, ecclésiastique ou laïque, fut supprimée par les lois révolutionnaires que nous citions tout à l'heure, et que les lois des 2 janvier 1817 et 24 mai 1825 ont même confirmées. L'une, en imposant à tout établissement ecclésiastique l'obligation d'être reconnu par une loi, l'autre, en sanctionnant, sous certaines conditions rigoureuses, l'établissement des congrégations de femmes, ont maintenu la prohibition expresse portée à l'égard des congrégations d'hommes.

[1] Exposé des motifs du projet de loi sur l'instruction primaire, présenté à la Chambre des députés le 12 avril 1847.

[2] Décret du 24 juillet 1852. — L'institut compte aujourd'hui en Algérie huit établissements; 2,381 enfants y fréquentent ses écoles primaires, et 20 élèves ses classes d'adultes.

Digitized by Google

Il n'est pas douteux cependant qu'il n'ait été fait, dans l'application de cette règle, une *distinction* commandée par la nature et le but spécial de certaines associations.

En effet, dès le rétablissement du culte en France, les associations religieuses furent réparties en deux classes : celles qui pouvaient être considérées comme des établissements de charité, et celles qui formaient de véritables institutions monastiques, où les vœux étaient perpétuels.

Si, en exécution de la loi du 18 germinal an X, qui supprimait tout établissement ecclésiastique autre que les chapitres et les séminaires diocésains (art. org. 11), les Consuls prononcèrent alors la suppression des ordres monastiques et des congrégations dans les quatre départements de la Sarre, de la Roër, de Rhin-et-Moselle et du Mont-Tonnerre, ils exceptèrent de ces dispositions « les établissements dont l'institut même a pour » objet l'*éducation publique* ou le soulagement des malades, *et* » *qui*, à cet effet, *tiennent réellement au dehors des écoles* ou des » salles de malades. » Ces établissements conservèrent les biens dont ils jouissaient, lesquels furent administrés d'après les lois existantes [1].

Le décret impérial du 3 messidor an XII, en ordonnant la dissolution de plusieurs aggrégations ou associations religieuses, prescrivit qu'à l'avenir aucune association *d'hommes* ou de femmes ne pourrait se former, à moins qu'elle ne fût autorisée par un décret impérial, sur le vu de ses statuts et règlement (art. 4). Il est de fait que, sous cette apparence prohibitive, la puissance publique ouvrit une voie moins solennelle et plus abrégée à l'autorisation des associations charitables.

L'application de cette distinction aux congrégations d'hommes fut confirmée :

1° Par le décret du 7 prairial an XII, portant établissement d'une association de prêtres séculiers, qui, sous le titre de *prêtres des missions étrangères*, seraient chargés des missions hors de France [2] ;

2° Par le décret du 2 germinal an XIII, qui rétablit les asso-

[1] Arrêté du 20 prairial au X, art. 20 (*Bulletin des lois*, n° 198).

[2] Cette association, dite des *Lazaristes*, pouvait recevoir des élèves ; supprimée en 1809, elle fut rétablie par l'ordonnance royale du 3 février 1816.

Digitized by Google

ciations religieuses connues sous le nom de missions étrangères et de *séminaire du Saint-Esprit* [1];

3° Enfin par le décret du deuxième jour complémentaire an XIII, qui confirma les associations ecclésiastiques établies à Gênes sous le nom de missionnaires urbains, « *chargés de l'in-* » *truction des jeunes garçons* élevés dans l'hospice dit l'Al- » bergo; » de missionnaires de la campagne et d'ouvriers évangéliques, « *tenus d'ouvrir une ou plusieurs écoles gratuites* » pour l'instruction des jeunes garçons de la ville et des fau- » bourgs. »

Il est vrai que plus tard l'autorisation donnée aux missions a été révoquée pour des causes politiques par le décret de 1809 qui devait demeurer secret [2]. Mais il fut du moins reconnu que les associations charitables *vouées à l'enseignement*, et destinées à *fournir des instituteurs primaires*, ne pourraient être soumises aux mêmes formes d'autorisation que les congrégations religieuses qui se proposent un autre but. Celles-ci restèrent prohibées par l'article 3 du décret de l'an XII, celles-là purent continuer à être autorisées en la forme prescrite par l'article 4 du même décret.

Ainsi les prescriptions de la loi du 2 janvier 1817 à l'égard des établissements ecclésiastiques n'atteignent point les écoles de Frères : avant comme après cette loi, elles purent exister légalement en vertu de l'autorisation donnée par le chef de l'État. D'ailleurs, l'ordonnance du 29 février 1816 (art. 36) reproduisit les règles du décret de messidor en faveur de *toute association religieuse ou charitable, telle que celle des écoles chrétiennes.*

N'oublions pas que les ordonnances de 1824 et de 1828, sur l'instruction primaire, ci-dessus indiquées, assimilaient exactement aux Frères de Saint-Yon les *membres des autres congrégations* régulièrement autorisées; ajoutons que le Conseil d'État fut toujours appelé à vérifier les statuts de ces associations, et que son intervention doit être un sûr garant du respect rendu aux lois.

Les écoles de Frères sont donc, comme leur nom l'indique,

[1] Supprimées en 1809, rétablies le 2 mars 1815.

[2] Décret du 26 septembre 1809, art. 3 : « Nos ministres des cultes et de la police sont chargés de l'exécution du présent décret, qui ne sera pas imprimé. » (Reverchon, *Projet de Code ecclésiastique.*)

Digitized by Google

des réunions d'hommes charitables et dévoués, qui, souvent gratuitement, se vouent à l'instruction primaire et prennent pour base de leur enseignement la religion.

Aussi toutes les ordonnances d'autorisation rendues sous la Restauration, portent-elles invariablement ces mots :

« Vu les statuts et règlements d'une association charitable, » qui désire se consacrer à desservir les écoles primaires des » villes et des campagnes... sous le titre de... etc. Sur le rap- » port du ministre, notre Conseil d'État entendu, nous avons » ordonné, etc. : Article premier. L'association destinée à » fournir des maîtres aux écoles primaires de... et désignée » sous le nom de... est autorisée, aux termes de l'article 36 de » notre ordonnance du 29 février 1816, *comme association cha-* » *ritable, en faveur de l'instruction primaire.* Elle se confor- » mera aux lois et règlements relatifs à l'instruction publique et » notamment à notre susdite ordonnance du 29 février 1816. »

Depuis 1830, les associations religieuses et enseignantes nouvellement formées, aussi bien que les sociétés pour l'encouragement de l'instruction primaire, n'ont plus été reconnues que *comme établissements d'utilité publique.* Leur existence légale n'est donc l'objet d'aucun doute.

La loi organique de 1850 n'a rien changé à l'état des associations d'hommes religieuses et enseignantes : elle ne les assimile en aucune façon aux établissements ecclésiastiques régis par les lois de 1817 et de 1825, l'ordonnance de 1831 et le decret du 31 janvier 1852 : aucunes des restrictions apportées à la capacité de recevoir des établissements ecclésiastiques n'est donc applicable aux associations de Frères.

II. Jusqu'à présent, aucune différence entre les Frères des écoles chrétiennes et ceux des autres associations enseignantes ne nous est apparue. Il en existait deux cependant : l'une, quant à la *capacité de recevoir directement* les libéralites faites à l'association ; l'autre, relative à la *liberté d'étendre ses écoles par toute la France.*

On a vu que les Frères des écoles chrétiennes puisaient dans le décret de 1808 la preuve de leur existence régulière et dégagée de toute entrave : il n'en était pas de même pour les autres associations.

En présence des termes formels de l'ordonnance du 2 avril

Digitized by Google

1817[1], qui n'attribuaient la capacité absolue qu'aux établissements reconnus *par la loi*, les mêmes droits pouvaient difficilement être accordés aux établissements qu'une simple *ordonnance* avait constitués.

Loin de s'y prêter et de favoriser ces utiles et morales institutions, les tendances de cette époque, aujourd'hui bien éloignée, leur montraient en toute occasion une hostilité ouverte. L'intime alliance de la royauté et de la religion semblait un péril incessant à ceux qui n'attaquaient si vivement l'une d'elles, que pour venir plus aisément à bout de l'autre. La méfiance, qui avait gagné jusqu'aux meilleurs esprits, était poussée dans les moindres détails.

L'empire de ces congrégations qui allait étendre au loin leurs ramifications menaçantes, devait sûrement aboutir à une sorte de théocratie universelle, pouvoir mystérieux et absolu comme celui des prêtres dans l'ancienne Égypte[2]. On ne pouvait le répéter trop souvent, ni faire assez de bruit de ses craintes. On ne pouvait trop tenir la main à ce que ces associations, tolérées à regret en raison de leur apparence charitable, ne devinssent les centres d'une puissance inconnue[3]. Toute leur vie dut être étalée au grand jour. Ce n'était point assez : resserrés dans quelques départements, privés du droit d'ouvrir d'autres écoles en France à moins d'une autorisation expresse, ces instituts ne semblaient mériter de vivre que comme une dépendance de l'Université : son Comité de l'instruction publique reçut donc mission d'accepter pour eux, comme pour des inca-

[1] Conformément à l'article 910 du Code civil et à la loi du 2 janvier 1817, les dispositions entre-vifs ou par testament....., au profit de..... *tout établissement d'utilité publique et de toute association religieuse reconnue par la loi*, ne pourront être acceptées qu'après avoir été autorisées par le roi, le Conseil d'État entendu.

« Art. 3. L'acceptation..... sera faite, savoir :.....

» Par les supérieurs des associations religieuses, lorsqu'il s'agira de libéralités faites au profit de ces associations.

» Par les administrateurs de tous les autres établissements d'utilité publique *légalement* constitués, pour tout ce qui sera donné ou légué à ces établissements. »

[2] Voir le *Manuel* de M. Dupin, qui, en forçant les textes de Tite-Live, a su faire remonter si ingénieusement l'origine de nos congrégations religieuses aux honteux mystères des Bacchanales (p. 269 et suiv.).

[3] Voir les discussions de la Chambre des députés.

Digitized by Google

pables, toute libéralité qui leur serait faite et d'en surveille l'emploi.

Cette dernière disposition[1] est-elle encore en vigueur? quelle autorité, à défaut de la Commission de l'instruction publique qui est supprimée, appartient-il d'accepter les dons ou legs faits à d'autres Frères qu'à ceux des écoles chrétiennes? ou la suppression de ladite Commission a-t-elle entraîné la suppression de tout intermédiaire dans cette acceptation? Telles furent les questions examinées par le Conseil d'État, peu après la loi organique du 15 mars 1850, sur l'enseignement[2].

On hésita d'abord sur la question de savoir si le droit d'accepter les libéralités faites aux Frères n'était point passé au Ministre de l'instruction publique, en qualité de *président du conseil supérieur* de l'instruction publique, ou si la loi organique de 1850 n'avait pas placé ces associations sous l'empire du droit commun. On pesa donc attentivement les termes de cette loi, en recherchant le sens de ses dispositions expresses ou implicites. Suivant l'article 31, « les instituteurs communaux sont nommés par le conseil municipal de chaque commune, et choisis soit sur une liste d'admissibilité et d'avancement, dressée par le conseil académique, *soit sur la présentation qui est faite par les supérieurs, pour les membres des associations religieuses, vouées à l'enseignement et autorisées par la loi, ou reconnues comme établissements d'utilité publique.* » — En vertu de l'article 34, « les instituteurs adjoints sont nommés et révocables par l'instituteur avec l'agrément du recteur; les instituteurs adjoints, *appartenant aux associations religieuses, sont nommés et peuvent être révoqués par les supérieurs de ces associations.* »

L'article 79 assimile exactement la position des membres ou novices des associations religieuses à celle des autres maîtres ou instituteurs, *quant à l'exemption du service militaire.*

[1] « Notre commission de l'instruction publique, en se conformant aux lois et règlements d'administration publique, pourra recevoir tous les legs et donations qui seraient faits en faveur de ladite association et de ses écoles, à charge de faire jouir respectivement, soit l'association en général, soit chacune des écoles tenues par elle, desdits legs et donations, conformément aux intentions des donateurs et testateurs. » (Ordonnance du 23 juin 1820, art. 2.)

Toutes les autres ordonnances reproduisent la même disposition.

[2] Avis du Comité de l'intérieur, 12 avril 1851.

Digitized by Google

Après mûr examen, on reconnut que par suite de la situation nouvelle, faite aux associations de cette nature, tant par l'article 31 que par l'ensemble de la loi précitée, on pouvait reconnaître au supérieur général de l'association, le droit d'accepter directement sous l'autorisation du gouvernement les dons et legs qui seraient faits à ladite association [1]. Il convenait, dès lors, par une conséquence naturelle, de rapporter à l'avenir toutes les dispositions des ordonnances de la Restauration, qui avaient soumis ces associations *à l'intermédiaire de la commission de l'instruction publique.* Leur capacité entière et absolue d'acquérir, de recevoir et de posséder fut ainsi hautement proclamée.

III. Aujourd'hui, il ne reste donc rien de la première distinction que nous avons signalée, entre les Frères des écoles chrétiennes et les autres associations d'hommes religieuses et enseignantes. En est-il de même de la seconde : est-elle également effacée? les membres de ces dernières associations peuvent-ils s'étendre indéfiniment sur toute la surface de la France? Nous le croyons avec sincérité, et malgré les doutes qui semblent encore envelopper toute cette matière.

La question est tranchée, ce nous semble, à l'égard des associations reconnues comme établissements d'utilité publique, tant sous la monarchie de Juillet que depuis la loi de 1850, — loi qui a voulu mettre fin aux embarras et aux expédients du régime antérieur, où la reconnaissance ne pouvait être régulièrement obtenue qu'en vertu d'une loi, et en fait, n'a jamais eu lieu que par ordonnance. Entre les congrégations contemplatives et les associations enseignantes la distinction est réelle, complète et sanctionnée par toute notre législation; mais du moins la condition de se livrer à l'enseignement primaire paraît essentielle pour ces dernières. Une fois cette condition remplie, on ne saurait leur refuser sans injustice l'application du droit commun. Le danger, s'il y en a, que pourrait présenter l'extension des congrégations, disparaît par le fait, qu'étant reconnues comme établissements d'utilité publique, elles sont assujetties aux lois et règlements ordinaires.

La seule, la vraie difficulté a simplement rapport aux asso-

[1] En conséquence, le supérieur général des Frères de Saint-Antoine, à Paris, fut autorisé à accepter le legs Camus, fait à ladite association. (Avis du Conseil d'État, 23 décembre 1852.)

Digitized by Google

ciations autorisées *sous la Restauration*. Parmi ces dernières, *deux* furent autorisées sans circonscription déterminée, et eurent par suite, dès l'origine, la faculté de fonder des établissements dans toute la France. En premier lieu, « la société » des écoles chrétiennes du faubourg Saint-Antoine, à Paris, se » consacrant à desservir les écoles primaires des villes et des » campagnes [1]; » ensuite, « la congrégation des Frères de » Marie, formée à Bordeaux, dans le but de fournir des maîtres » aux écoles primaires [2].

Quant aux autres associations religieuses et enseignantes, fondées vers la même époque, elles ne furent permises et reconnues officiellement que sur certains points de la France [3].

Il leur était défendu de chercher à répandre autour d'elles les bienfaits de leur institution. Si parfois le gouvernement vint sanctionner leurs efforts pour sortir des bornes où les avait circonscrites l'acte constitutif de leur origine, la réserve et la rareté de pareilles mesures semblait devoir consacrer le principe de la restriction, et plutôt exclure que tolérer l'apparence de la liberté.

[1] Ordonnance du 23 juin 1820.

[2] Ordonnance du 6 novembre 1825.

[3] Ordonnance du 5 décembre 1821, autorisant les Frères de la doctrine chrétienne du diocèse de Strasbourg dans les départements du *Haut* et du *Bas-Rhin*.

Ordonnance du 1er mai 1822, autorisant la congrégation de l'instruction chrétienne (Frères de Lamennais) *dans les départements composant l'ancienne province de Bretagne*.

Ordonnance du 17 juillet 1822, autorisant les Frères de la doctrine chrétienne du diocèse de Nancy (*Meurthe*, *Meuse*, *Vosges*).

Ordonnance du 11 juin 1823, autorisant la congrégation de l'instruction chrétienne du diocèse de Valence (*Hautes-Alpes*, *Drôme*, *Isère*).

Ordonnance du 25 juin 1823, autorisant la congrégation des Frères de Saint-Joseph, formée dans le diocèse du Mans (*Sarthe* et départements environnants).

Ordonnance du 17 septembre 1823, autorisant les Frères de l'instruction chrétienne du Saint-Esprit (*Maine-et-Loire*, *Vienne*, *Vendée*, *Deux Sèvres*, *Charente-Inférieure*).

Ordonnance du 3 décembre 1823, autorisant la congrégation des Frères de Saint-Joseph, fondée par l'évêque d'Amiens (*Somme*).

Ordonnance du 10 mars 1825, autorisant les Frères de l'instruction chrétienne du diocèse de Viviers (*Ardèche*).

Ordonnance du 10 janvier 1830, autorisant la société que le sieur Querbes se propose d'établir sous le titre d'association de Saint-Viateur, et dont le chef-lieu sera dans la commune de Vourles (*Ain*, *Loire*, *Rhône*).

Digitized by Google

On ne rencontre en effet que deux exemples d'autorisation régulière, accordée à une telle extension.

Une ordonnance du 19 novembre 1829, ouvrit aux écoles des Frères, établis dans le diocèse de Viviers, le département de la Haute-Loire; une autre ordonnance, rendue le 23 avril 1843, approuva la fondation d'établissements en Algérie, par les Frères de Saint-Joseph établis dans le diocèse du Mans.

Mais quel fut, aux yeux de la loi, l'état des institutions de Frères depuis lors? Cette question fit naître de vives et sérieuses discussions, dont nous essayerons de retracer rapidement les traits principaux.

On s'appuya tout d'abord sur l'article 4 de la loi du 28 juin 1833, qui avait admis tout individu réunissant les conditions d'âge, de capacité et de moralité, à diriger une école primaire, sans exception, mais sans faire aucune allusion aux individus qui seraient engagés dans les associations charitables et religieuses, vouées à l'instruction primaire. C'était donc uniquement la volonté de les y appeler directement, et de sanctionner un fait réel qui avait inspiré l'article 31 de la loi du 15 mars 1850. Par cet article très-nettement rédigé, les supérieurs des associations religieuses, vouées à l'enseignement, et autorisées par ordonnance royale ou reconnues comme établissements d'utilité publique, se trouvaient désormais investis du droit de présentation aux places d'instituteurs communaux vacantes dans toute la France. Tous les supérieurs généraux devaient jouir du même droit à l'avenir, sans restriction comme sans réserve, quelle que fût d'ailleurs l'époque où leur association avait été autorisée par le gouvernement. Enfin les conditions de l'ordonnance d'autorisation qui leur assignaient une circonscription déterminée, n'avaient-elles pas été levées par la loi de 1850? — loi dont l'esprit est évidemment de confier, partout où les circonstances et les convenances locales le permettent, l'éducation et l'instruction primaire à des maîtres éminemment religieux.

Dans une autre opinion, loin d'attribuer à la généralité des termes employés par le législateur en 1850, le pouvoir d'effacer pour toutes les congrégations les limites apportées à l'autorisation d'enseigner, on répondait par ce même article 31 commenté tout différemment. En effet cet article, en accordant aux supérieurs des associations religieuses reconnues comme

Digitized by Google

établissements d'utilité publique, le droit de présentation aux places d'instituteurs communaux vacantes, change-t-il le moins du monde les conditions d'existence de ces associations mêmes? Ne laisse-t-il pas subsister les dispositions spéciales qui les régissent, les limites dans lesquelles elles sont autorisés? Par conséquent, le droit de présentation ne peut s'exercer que dans les départements où ces associations sont autorisées.

Or les ordonnances rendues sous la Restauration n'ont autorisé les congrégations enseignantes que comme associations charitables et locales, et non pas comme établissements d'utilité publique, titre qui peut seul les constituer personnes civiles dans le sens absolu. Il aurait donc fallu, suivant cette opinion, un décret formel reconnaissant l'utilité publique de chaque association de Frères, pour l'admettre à jouir dans tout l'Empire des mêmes droits qui lui avaient été primitivement accordés dans quelques départements.

Cette grave question fut, de part et d'autre, longuement et savamment débattue; il ne semble pas qu'elle soit encore résolue d'une manière péremptoire.

Le Conseil d'État se maintint entre ces deux extrêmes, et adopta, le 23 décembre 1852, le projet de décret suivant. Outre la loi de 1850, l'article 910 du Code Napoléon et l'ordonnance du 2 avril 1817, qui ne parlent que des *établissements d'utilité publique*, y étaient visés. Ce fait prouve suffisamment qu'aux yeux du Conseil d'Etat le titre d'*associations charitables autorisées* était en tout point équivalent.

« Article 1er. La congrégation des Frères de l'instruction » chrétienne de Saint-Esprit, autorisée par ordonnance du » 17 septembre 1823, pour les départements de Maine-et- » Loire, Vienne, Deux-Sèvres, Charente-Inférieure et Vendée, » *jouira, dans toute l'étendue du territoire français, des droits* » *attribués aux associations religieuses enseignantes, reconnues* » *par l'État comme établissements d'utilité publique* [1]. »

Ces réserves, cette approbation officielle de l'extension des associations religieuses d'hommes vouées à l'enseignement étaient nécessaires pour ne pas établir une inégalité trop cho-

[1] Par le même décret, cette congrégation a été autorisée à changer son nom en celui de Frères de Saint-Gabriel. (*Bulletin des lois*. Décret du 3 mars 1853.)

Digitized by Google

quante entre ces instituts et les congrégations de femmes, qui, d'abord plus favorisées, ne peuvent cependant fonder aucun établissement particulier, si petit qu'il soit, et même à titre d'enseignantes, sans l'autorisation positive et répétée du gouvernement.

Il résulte clairement de ce précédent qu'en pareil cas un décret est nécessaire, non pour reconnaître l'utilité publique d'un établissement qui existe déjà aux yeux de l'État, mais pour justifier son extension en dehors de ses limites premières. Une fois ce décret obtenu, l'association peut ouvrir toutes les écoles que bon lui semble sans recourir encore à l'intervention du gouvernement.

Le décret du 3 mars 1853 est toutefois le seul qui ait statué sur cette matière. C'est en effet une simple décision ministérielle du 8 avril 1851 qui a autorisé l'association de Saint-Viateur, primitivement établie dans le ressort de l'académie de Lyon (départements du Rhône, de l'Ain et de la Loire [1]), à tenir des écoles dans le département du *Cantal*. Cette disposition, dont l'abbé Querbes, supérieur général, sollicitait dès lors l'approbation et l'extension à *toute la France*, ne paraît pas avoir reçu jusqu'à présent la sanction de l'Empereur. Bien plus, il est constant que les Frères de Saint-Viateur se sont étendus de fait et sous les yeux de l'autorité dans plusieurs départements de l'Est et du Midi.

Nous pouvons mentionner également les Frères établis en 1825 dans le diocèse de Viviers (*Ardèche*), auxquels l'ordonnance du 19 novembre 1829 ouvrit le département de la *Haute-Loire*, et qui ont obtenu du gouvernement, le 19 juin 1851, une autorisation générale pour toute la France. Le décret du 18 novembre 1854, rendu sur l'avis conforme du Conseil d'État, leur a reconnu implicitement le droit de s'étendre dans le *Cantal*, en autorisant leur supérieur général à accepter un legs fait pour l'entretien d'une école desservie par eux dans ce département.

En résumé toutes les associations d'hommes, religieuses et enseignantes, reconnues à quelque titre que ce soit depuis un demi-siècle, à compter des Frères des écoles chrétiennes jusqu'à ceux de Saint-Jean-François-Régis et de Mondebourg, jouissent

[1] Avis du Comité de l'intérieur, 25 septembre 1829. — Ordonnance royale, 10 janvier 1830.

Digitized by Google

actuellement de la vie civile et possèdent les mêmes droits que tous les autres établissements publics.

Ils peuvent recevoir toute sorte de dons et legs qui sont acceptés par le supérieur général de chaque association. La somme de ces libéralités qui, pour les Frères des écoles chrétiennes seulement, montait à 776,122 francs de 1840 à 1845, s'est élevée pendant les cinq années de 1852 à 1856 à 1,107,393 francs pour toutes les institutions de Frères [1].

Quant au droit de tenir des écoles dans toute la France, il est *formellement* reconnu à *onze* de ces associations. La seule exception apportée à cette dernière faculté (et encore est-elle vivement contestée) ne se rapporterait qu'à *huit* instituts de Frères, autorisés pour quelques départements sous la Restauration, et dont l'extension, déjà tolérée en fait, pourrait très-aisément être régularisée.

D'autres associations semblables, mais celles-là sans aucun titre officiel, existent également en France et y tiennent un certain nombre d'écoles. Nous n'avons point à nous en occuper ici, mais il nous paraît juste de reconnaître qu'elles peuvent s'établir, fonctionner régulièrement et jouir de tous les avantages attachés à la vie civile, pourvu que leurs membres aient pris le soin de se constituer en *société*, conformément aux prescriptions du Code Napoléon et du Code de commerce.

Nous donnons ci-joint le tableau détaillé de la situation de toutes les associations religieuses et enseignantes dont nous avons eu l'occasion de parler dans cette étude. Il y a peut-être quelque intérêt à comparer ces résultats à l'état des mêmes associations il y a dix années. On remarquait dans l'exposé des motifs du projet de loi sur l'instruction primaire, présenté par M. de Salvandy à la Chambre des députés, le 12 avril 1847, le passage suivant :

« Les Frères ne pourront jamais être en nombre suffisant pour » desservir, non pas même la totalité, mais seulement une » partie notable de nos écoles..... Toutes leurs associations » réunies forment une milice de 3,128 Frères qui desservent » 827 écoles communales et 290 écoles privées, en regard de

[1] Ces chiffres ne s'appliquent qu'aux dons et legs dont l'acceptation a été autorisée par le chef de l'État. On n'y a pas compris non plus les libéralités (en très-grand nombre et fort considérables) faites aux communes à la charge d'établir et d'entretenir des écoles de Frères.

Digitized by Google

» 39,370 écoles laïques, tant communales que privées..... »

Aujourd'hui l'institut des écoles chrétiennes à Paris compte à lui seul près de 7,000 membres, dont 5,400 en France et dans les colonies.

Il dessert 777 écoles publiques et 328 écoles privées de l'Empire : ses élèves adultes y sont en nombre de 34,802, et ses élèves enfants atteignent le chiffre énorme de 214,649.

Grâce à la loi de 1850 et aux encouragements du Gouvernement impérial, les autres institutions de Frères ont suivi la même progression. Leur nombre est aujourd'hui de dix-huit : les résultats connus pour seize associations donnent les chiffres suivants : 5,031 membres, desservant 861 écoles communales et 157 écoles privées, 6 colonies agricoles, 2 orphelinats, 1 école normale et 1 école professionnelle dans l'Empire, plus 26 établissements à l'étranger.

Nous joignons à ce premier tableau l'état comparatif des écoles primaires et des classes d'adultes dans la ville de Paris en 1854 et 1856. Il suffit d'y jeter les yeux pour remarquer que, bien que le nombre total des écoles primaires soit à peu près resté stationnaire pendant ces deux années, le chiffre des écoles tenues par les Frères s'est sensiblement élevé en même temps que celui des écoles publiques : nouveau fait, tout à l'avantage des associations religieuses et enseignantes. D'un autre côté la progression n'a pas été la même pour les classes d'adultes : leur nombre total s'est augmenté sans qu'il y ait eu aucune variation dans le nombre des classes tenues par les Frères.

GEORGES DE SALVERTE.

Digitized by Google

État des Associations d'hommes, religieuses et enseignantes, reconnues par le gouvernement et exerçant en France et à l'Étranger.

NUMÉROS.	NOMS DES CONGRÉGATIONS.	DATE de la reconnaissance légale.	NOMBRE des membres de l'Association.	NOMBRE des ecoles publiques	NOMBRE des ecoles privées	NOMBRE des écoles à l'étranger.	OBSERVATIONS.
1	Institut des Frères des Ecoles chrétiennes, rue Oudinot, 27, à Paris :	L. P. de 1724 et 1725. D. du 17 mars 1808.					
	En 1719		274	122	classes	»	(a)
	En 1751	D. du 24 juillet 1852.	523	240	classes	»	(b)
	En 1779		760	420	classes	»	(c)
	En 1790		1,000	550	classes	5	(d)
	En 1803		30	9	classes	»	(e)
	En 1815		310	89	classes	»	(f)
	En 1830		1,420	380	classes	»	(g)
	En 1845		4,110	843	classes	»	(h)
	En 1856		6,453	777	328	194	(i)
	En 1857		6,662	»	»	»	
2	Société des Écoles Chrétiennes du Faubourg Saint-Antoine, à Paris	O. R. du 23 juin 1820.	»	»	»	»	
3	Association des Frères de la Doctrine Chretienne du diocèse de Strasbourg	O. R. du 5 décemb. 1821.	62	8	3	»	
4	Association des Frères de la Doctrine Chrétienne du diocèse de Nancy, à Vézelise.	O. R. du 17 juillet 1822.	209	29	18	2	
5	Congrégation des Frères de l'Instruction Chrétienne formée par les sieurs de Lamennais et Deshayes dans les départements composant l'ancienne province de Bretagne, à Ploermel Morbihan).	O. R. du 1er mai 1822.	899	310	55	»	
6	Congrégation de l'Instruction Chretienne du diocèse de Valence	O. R. du 11 juin 1823.	»	»	»	»	
7	Congrégation des Frères de Saint-Joseph du Mans, à Notre-Dame de Sainte-Croix	O. R. du 25 juin 1823. O. R. du 20 avril 1843.	202	60 établissements.		2 écoles professionnelles et agricoles à Rome.	(j)
8	Congrégation des Frères de Saint-Joseph, formée par l'evêque d'Amiens, à Fuscien-au-Bois (Somme)	O. R. du 3 décembre 1823.	16	1 école normale et 1 école professionnelle.		»	
	A reporter		8,050	1,124	404	198	

(a) 9,885 élèves répartis dans 27 maisons.
(b) 19,273 élèves répartis dans 92 établissements.
(c) 30,999 élèves répartis dans 114 maisons.
(d) 36,000 élèves répartis dans 121 maisons.
(e) 1,600 élèves répartis dans 8 maisons.
(f) 18,290 élèves répartis dans 58 maisons.
(g) 86,998 élèves répartis dans 237 maisons.
(h) 214,390 élèves répartis dans 490 maisons.
(i) 5,251 frères résident en France, 51 en Algérie, 60 dans l'ile de la Réunion. L'institut a 20 noviciats en France et 11 à l'étranger.
(j) L'actif de l'association est de 388,500 francs. Ses recettes annuelles s'élèvent à 160,000 francs.

Digitized by Google

Suite du Tableau précédent.

NUMÉROS.	NOMS DES CONGRÉGATIONS.	DATE de la reconnaissance légale.	NOMBRE des membres de l'association.	NOMBRE des écoles publiques	NOMBRE des écoles privées	NOMBRE des écoles à l'étranger.	OBSERVATIONS.
	Report.		8,050	1,124	404	198	
9	Association des Frères de l'Instruction Chrétienne du diocèse de Viviers (Ardèche).	O. R. du 10 mars 1825. O.R. du 19 novemb. 1829.	300	»	»	2	(*k*)
10	Congrégation des Frères de Marie, formée à Bordeaux par M. l'abbé Cheminade. .	O. R. du 6 novemb. 1825.	589	69	24	8	
11	Société établie par le sieur Querbes, sous le titre d'Association de Saint-Viateur, à Vourles (Rhône).	O. R. du 10 janvier 1830.	328	116	»	12	
12	Association des Petits-Frères de Marie, à Notre-Dame de l'Hermitage sur Saint-Chamond (Loire).	D. du 20 juin 1851.	1,506	261	31	»	(*l*)
13	Association des Frères de Notre-Dame de l'Annonciation, à Missergh'n (Algérie).	D. du 15 avril 1853.	38	2 orphelinats.		»	(*m*)
14	Association des Frères de l'Instruction Chrétienne de Saint-Gabriel, à Saint-Laurent-sur-Sèvre (Vendée).. .	O. R. du 17 sept. 1823. D. du 3 mars 1853.	480	68	26	»	(*n*)
15	Association des Frères de Saint-Joseph, à Oullins, près Lyon.	D. du 6 mai 1853.	132	3 colonies agricoles et pénitencières.		»	(*o*)
16	Association des Frères de Saint-François d'Assise, dits Frères agriculteurs, dont le siége est à Saint-Antoine, commune de Bois (Charente-Inférieure).	D. du 4 mai 1854.	35	3 colonies agricoles.		»	(*p*)
	A reporter.		11,458	1,638	485	220	

(*k*) Cette association, fondée en 1821, compte à présent 50 établissements, dont 18 dans le diocèse du Puy, 30 dans les diocèses voisins, et 2 aux Etats-Unis : à Mobile et à Dubuque. Le noviciat et la maison-mère sont réunis à Paradis, près Le Puy.

(*l*) A l'époque de leur reconnaissance légale, en 1851, les Petits-Frères de Marie comptaient 826 membres de leur association, dont 565 frères enseignants. Ils étaient répandus dans 16 départements, où ils tenaient 150 écoles, dont 122 communales et 28 libres ou privées.

(*m*) Cet institut se consacre uniquement à l'instruction primaire et professionnelle des enfants pauvres, des enfants-trouvés et des jeunes détenus en Algérie.

(*n*) Outre l'enseignement primaire, les Frères de Saint-Gabriel se vouent à l'instruction des sourds-muets et des jeunes aveugles. Autorisés d'abord dans 5 départements, ils s'étaient étendus dans 3 autres par tolérance jusqu'au décret de 1853. A cette époque ils comptaient seulement 60 écoles. Les recettes annuelles de la maison mère s'élèvent aujourd'hui à 53.050 francs, ses dépenses ne dépassent pas 44.300 francs.

(*o*) Cette association est composée d'ecclésiastiques et de laïques. Elle se voue à l'instruction primaire des enfants pauvres, orphelins et abandonnés, ainsi qu'à l'éducation correctionnelle des jeunes détenus, et des enfants indisciplinés qui lui sont remis par les familles. Fondée à Oullins en 1835, elle a acquis en 1846 la colonie agricole de Citeaux. Elle dessert également le pénitencier de Perrache, le dépôt de mendicité de Lyon, les prisons de Lille, Douai, Hazebrouck, et la maison centrale de Loos. A l'époque de sa reconnaissance légale, elle comptait 5 prêtres, 120 frères ou novices et 550 élèves.

(*p*) Ces Frères joignent à l'enseignement primaire l'instruction agricole.

Digitized by Google

Suite du Tableau précédent.

NUMÉROS.	NOMS DES CONGRÉGATIONS.	DATE de la reconnaissance légale.	NOMBRE des membres de l'association.	NOMBRE des écoles publiques	NOMBRE des écoles privées	NOMBRE des écoles à l'étranger.	OBSERVATIONS.
	Report		11,458	1,638	485	220	
17	Association des Frères de la Croix de Jésus, à Menestruel (Ain).	D. du 4 mai 1854.	150	»	»	»	(q)
18	Association des Frères de Saint-Jean-François-Régis, établie au Puy (Haute-Loire).	D. du 19 août 1856.	20	1 seul établissement.		»	(r)
19	Association des Frères des Ecoles Chrétiennes de la Miséricorde, à Mondebourg (Manche).	D. du 4 septemb. 1856.	65	»	»	»	(s)
	TOTAUX.		11,693	1,638	485	220	

(q) Cette association se compose de Frères enseignants, de Frères servants et de prêtres.

(r) Outre l'instruction primaire, les Frères de Saint-Jean-François-Régis enseignent à leurs élèves une profession manuelle, principalement celle de l'agriculture. Ils consacrent leurs soins : 1° aux jeunes détenus dans les établissements pénitentiaires; 2° aux orphelins et aux adultes indigents. L'association, fondée en 1850 par le R. P. de Bussy, jésuite, s'accroît lentement. Elle ne comptait en 1852 que 10 frères et 6 novices.

(s) Outre l'instruction primaire, les Frères de Mondebourg dirigent des maisons de Providence ou de refuge pour les enfants pauvres et orphelins. Le traitement qu'ils demandent aux communes varie de 400 francs à 600 francs. Les ressources annuelles de la maison-mère, fondée en 1843, s'élèvent à plus de 40,000 francs. Leurs œuvres principales sont : un noviciat, une école stagiaire, un pensionnat primaire et un externat, une école d'agriculture et d'horticulture, une fromagerie, et l'exploitation d'un moulin important. Les Frères de Mondebourg ont 12 établissements, dont un dans le diocèse de Versailles.

État de l'instruction élémentaire dans la ville de Paris.

ANNÉES.	ÉCOLES PRIMAIRES. Nombre des Ecoles					Instituteurs laïques			Instituteurs congréganistes (a)			CLASSES D'ADULTES. Nombre des Classes					Instituteurs	
	publiques.	libres.	de Garçons.	de Filles.	Total.	de Garçons.	de Filles.	Total.	de Garçons.	de Filles.	Total.	publiques.	libres.	de Garçons.	de Filles.	Total.	laïques.	congréganistes.
1854.	127	529	272	384	656	228	333	561	44	51	95	28	7	24	11	35	25	10
1856.	130	527	274	383	657	227	331	558	47	52	99	33	9	30	12	42	32	10

(a) C'est le nom sous lequel les membres des associations d'hommes charitables et enseignantes figurent au budget de la ville de Paris.

Digitized by Google

ÉTUDE SUR L'APPLICATION DES CIRCONSTANCES ATTÉNUANTES AUX INFRACTIONS DE PRESSE.

Par M. Amb. VENTE, substitut du procureur général à la Cour impériale d'Amiens.

1. C'est une question encore agitée, malgré les textes, que de savoir si le bénéfice des circonstances atténuantes peut s'appliquer aux infractions de presse ou de publication. De 1815 à 1848, le principe qui prévalut, non sans lutte, fut celui de l'exclusion des circonstances atténuantes dans tous les cas où l'admission n'en était point spécialement autorisée. Depuis cette dernière époque, le principe contraire a pris place dans la loi, le décret du 11 août 1848 déclarant applicable aux délits de la presse l'article 463 du Code pénal. Mais sous les mots *délits de la presse,* que de difficultés... au moins soulevées!

I.

2. L'étude que nous en devons faire serait incomplète si je ne montrais d'abord quelles phases diverses a traversées cette question longtemps abandonnée aux controverses de la politique et de la jurisprudence. C'est l'histoire de la première période. On y découvrira la véritable source de la divergence des opinions; je veux dire les préoccupations contraires des partis et des temps, et cette conviction erronée qu'un délit de presse est un délit d'une nature spéciale[1] que nous devons juger, sui-

[1] On peut voir cette opinion soutenue dans le réquisitoire de M. le procureur général près la Cour de cassation qui précède l'arrêt du 6 février 1823 (*Bull.*, 23). Je montrerai plus tard l'influence regrettable qu'exerce depuis longtemps ce préjugé sur la rédaction, l'esprit, l'interprétation, et même jusque sur l'intitulé de ces lois, qu'on appelle si improprement *lois de presse.* Je ne puis ici qu'indiquer en quels termes énergiques et fréquents le législateur de 1819 s'était efforcé de le combattre. « Il n'y a point, disaient les » auteurs du projet devenu la loi du 17 mai 1819, il n'y a point de délits » particuliers de la presse..... Ces délits ne sont autres que ceux dont la dé» finition se trouve dans les lois pénales ordinaires qui prévoient et incri» minent tous les actes nuisibles, sans s'inquiéter du moyen auquel le cou» pable a eu recours. » Et encore : « La manifestation de la pensée est un » moyen qui peut offrir au crime ou au délit de nouvelles facilités, mais qui » ne crée pas des crimes ou des délits d'un ordre spécial. » — « Les délits de » presse, dit la commission de la Chambre des députés, n'existent pas du

Digitized by Google

vant nos préventions politiques, avec toutes les rigueurs de l'aversion ou toutes les faiblesses d'une complaisante sympathie.

3. J'ai dit qu'à cette époque le principe d'exclusion avait prévalu, à moins d'une disposition contraire spécialement écrite dans la loi. En voici le développement : Les circonstances atténuantes étaient appliquées aux crimes, dans tous les cas, en vertu des articles 463 du Code pénal et 341 du Code d'instruction criminelle, dont le texte, sur ce point, ne comporte aucune discussion [1]. Elles n'étaient appliquées ni aux délits ni aux contraventions, si ce n'est dans les cas où la loi l'ordonnait [2].

4. Théorie vraie, alors. D'une part, en effet, l'article 463, § 8, porte que les tribunaux correctionnels sont autorisés à réduire la peine si les circonstances paraissent atténuantes dans tous les cas où la peine de l'emprisonnement et celle de l'amende sont prononcées *par le Code pénal*. Or, les peines prononcées contre les infractions de presse ne le sont pas par ce Code. Donc l'article 463 ne leur est pas applicable. D'autre part, s'il est vrai que le jury, qui connaissait alors des délits de presse,

» moins comme délits d'une nature spéciale. » — « La presse n'est qu'un in-
» strument qui ne donne lieu à la création ni à la définition d'aucun crime
» ou délit particulier et nouveau. » (Benjamin Constant.) La discussion dans les deux Chambres des lois des 17 et 26 mai 1819 révèle que ce principe était franchement adopté par tout le monde.—V. *Manuel de la liberté de la presse*, p. 2, 3, 11, 26, 40, 43.

[1] Ce principe n'avait été contesté par personne lors de la révision des Codes criminels en 1832. (V. *Moniteur* du 8 décembre 1831, discours de MM. Parant, de Podenas, Bavoux.) Plus tard, dans la discussion très-vive qui s'éleva sur la loi de 1835, M. Sauzet, rapporteur, disait : « Quant aux crimes, l'application de l'article 463 est de droit commun, d'après sa rédaction même, comme d'après celle de l'article 341 du Code d'instruction criminelle. » (*Moniteur*, 30 août 1835, p. 1033.) Nous verrons cependant plus tard, n° 16 de cette étude, que la Cour de Montpellier et le tribunal de Tarbes ont depuis complétement méconnu la véritable portée de ces articles.

[2] C'était, avant 1848 : *En vertu de la loi du* 25 *mars* 1822 : 1° Les outrages et violences envers des fonctionnaires, jurés, ministres du culte ou membres des deux Chambres, dans les cas prévus par l'article 6, §§ 1, 2 et 4 de cette même loi; 2° les cris séditieux (art. 8); 3° l'enlèvement ou dégradation des signes publics de l'autorité royale opéré en haine ou au mépris de cette autorité (art. 9, § 1). *En vertu de la loi du* 10 *décembre* 1830, et *de celle du* 16 *février* 1834, les délits et contraventions relatifs à l'affichage, criage et distribution d'écrits, ou chants sur la voie publique. *En vertu de la loi du* 21 *mai* 1836, les délits et contraventions relatifs à la publication des loteries non autorisées.

Digitized by Google

soit investi du droit de statuer sur les circonstances atténuantes, il ne l'est, aux termes même de l'article 341 du Code d'instruction criminelle, qu'*en matière criminelle*. Or, les délits de presse ne sont point des crimes. Donc son intervention, en cette matière non criminelle, ne modifiait en rien la loi spéciale de ces délits.

Ces raisons de texte sont péremptoires. L'appui que leur donnent les précédents historiques de la question n'est pas moins décisif[1]. En 1832, lors de la révision des Codes, M. de Podenas demanda, sur l'article 341 du Code d'instruction criminelle, qu'*en toute matière*, le jury fût appelé à statuer sur l'existence des circonstances atténuantes, « afin, disait-il, que » les délits de la presse et les délits politiques jouissent de la » même faveur que les délits ordinaires. » Son amendement fut rejeté. — La même proposition reprise, sauf les termes, par MM. Petit et Dozon, sur l'article 463 du Code pénal, éprouva le même sort. — La chambre refusa même d'adopter un amendement accepté par la commission, et par lequel M. Lavialle de Masmorel demandait qu'on se départît de tant de rigueur, au moins pour la diffamation.

Tous ces efforts, comme ceux tentés en 1819 par M. Bognes de Fayes, en 1822 par Manuel, en 1828 par M. Agier, en 1835 par MM. Laurence et Lejoindre, échouèrent contre la tradition et le parti pris.

5. Telle était donc la loi. Reconnaissons, toutefois, que l'estime publique, gardienne des bonnes lois, lui fit constamment défaut. Elle manquait, en effet, d'équité et de franchise. D'équité, car le droit commun veut qu'en toute matière le juge puisse tenir compte au délinquant des circonstances de fait et d'intention qui atténuent sa faute, et quand, pour des crimes plus graves, le vol, l'incendie, le meurtre même prémédité, l'indulgence est encore possible, pourquoi lui interdire l'atténuation de faits moins préjudiciables à l'ordre social? Étrange inconséquence! Dans la série même des délits politiques, dont le caractère seul provoquait cet accroissement de sévérité, il y

[1] Tous les renseignements qui forment le fond de cette partie purement historique de mon travail ont été puisés à leur source officielle, le *Moniteur*. Voir 1815, p. 1176; — 1819, p. 542; — 1822, p. 140; — 1828, p. 877 et 759; 1830, p. 1620; — 1831, 8 décembre; — 1835, p. 2023; — et pour la circulaire citée plus bas du ministre de la guerre, 1835, 10 décembre, p. 2448.

Digitized by Google

avait des circonstances atténuantes pour les plus dangereux, l'attentat à la vie du prince, le pillage, la trahison, l'offense au souverain, et il n'y en avait pas pour la simple provocation à ces mêmes délits, pour un outrage à la morale publique, pas même pour la diffamation ni pour l'injure, à ce point qu'on pouvait être alors plus sévèrement puni que le voleur, pour lui avoir publiquement reproché le vol qu'il avait commis. La raison en est que l'injure et la diffamation étaient prévues par une loi spéciale restée muette sur l'admissibilité des circonstances atténuantes, tandis que le vol, la trahison, l'attentat sont prévus par le Code qui en permet l'application. Raison de droit qui, sans doute, oblige le magistrat, mais qui dans la bouche du législateur, toujours maître d'y remédier, manque de franchise et de dignité.

Il en est de même d'ailleurs, je le dis à regret, de toutes les fins de non-recevoir qui prolongèrent si longtemps cette situation anormale. Ainsi propose-t-on, en 1828, d'étendre à tous les délits de la presse le bénéfice des circonstances atténuantes? Le ministre de l'instruction publique objecte qu'on ne peut présenter une disposition aussi générale sur une loi toute spéciale. — La restreint-on aux cas prévus par cette loi? Pourquoi, répond M. Jacquinot de Pampelune, cette faveur dont ne jouissent pas d'autres délits moins graves qu'elle ne prévoit pas? — Allègue-t-on en 1832 que, juge des circonstances atténuantes en matière criminelle, le jury n'est pas moins apte à les reconnaître en matière de presse? — Quelle différence! réplique la commission. L'atténuation implique dans le *degré* de la peine une réduction nécessaire, toujours possible pour les crimes, impossible pour les délits, partant pour les délits de presse, à moins de leur appliquer les peines de police qui suivent immédiatement dans l'échelle afflictive les peines correctionnelles. Or, ne serait-ce point une véritable impunité? En vain objecte-t-on qu'en matière correctionnelle l'atténuation porte non sur le *degré* de la peine qui est toujours la même, mais sur la *quotité* qui est toujours variable, la chambre n'écoute même pas et vote sur la foi de son rapporteur. — Ou bien encore, sur la loi de 1835 on trouve « qu'appliquer aux faits » prévus par cette loi l'article 463, ce serait rompre l'harmonie » de la législation sur la presse; et ce n'était pas quand on » prévoyait des délits nouveaux qu'on devait appliquer cet

Digitized by Google

» article pour se mettre en contradiction avec soi-même. »

6. La raison publique ne fléchit qu'à grand'peine sous cette règle pleine de rigueur, et la magistrature elle-même, après en avoir inutilement demandé l'abrogation par ses organes les plus élevés [1], hésita quelque temps encore à l'appliquer.

Nous voyons, dans la loi du 9 novembre 1815, la commission affirmer « qu'une disposition expresse est nécessaire pour an-» nuler la faculté accordée par l'article 463 de juger des circon-» stances atténuantes. » — En 1819, sur la loi du 26 mai, le Garde des sceaux reconnaît, ce que depuis longtemps la jurisprudence a refusé d'admettre, que « quant à la provocation » aux simples délits, le tribunal, aux termes des lois existantes, » a la faculté demandée. » — En 1822, et plus tard en 1832 et en 1835, plusieurs députés réclamant pour la presse, nous l'avons vu, le bénéfice de l'article 463 : « Cette disposition est » inutile, leur répond-on d'abord. Elle est de droit commun. » — Dans le projet de loi sur les crieurs publics (10 décembre 1830), le Garde des sceaux dit à la Chambre des pairs : « L'appréciation des circonstances atténuantes par les tribu-» naux était de droit. Le gouvernement n'a vu aucun inconvé-» nient à l'autoriser explicitement pour prévenir toute objection » tirée de l'antériorité du Code pénal. » — Enfin, dans une circulaire adressée en 1835 aux conseils de guerre, le ministre de la guerre s'exprimait ainsi : « Il n'y a pas de doute que les » dispositions de l'article 463 du Code pénal ne soient appli-» cables aux peines prononcées par la loi du 17 mai 1819. »

C'était une erreur, nous l'avons démontré. Cette erreur ce-

[1] « Il est à désirer, disait *M. l'avocat général Hua*, dans le réquisitoire » qui précède l'arrêt du 5 janvier 1821, que les dispositions de l'article 463, » restreintes dans des limites spéciales, soient étendues à toute notre légis-» lation : on en sentirait surtout la sagesse dans les délits de la presse, qui, » par leur nature, donnent lieu à des modifications qu'il est impossible de » prévoir. » (Cité par *Carnot*, Code pénal, t. II, p. 470 et suiv.) — « Tous les » magistrats,—disait à la Chambre des députés, en 1828, M. *Agier*, conseiller » à la Cour royale de Paris, — désirent avoir plus de latitude dans l'appli-» cation des peines corporelles aux délits de la presse..... Je ne crains pas » d'être démenti par les magistrats de la Cour de Paris. » — « Je sais, — ré-» pliqua M. *Jacquinot de Pampelune*, aussi magistrat, mais qui combattait » la proposition de son collègue, — je sais que c'est un vœu qui a été émis » par les magistrats de la Cour royale de Paris. C'est une question très-» grave..... Il y aurait des considérations très-fortes à présenter, si c'était ici » le moment..... »

Digitized by Google

pendant trouva crédit au sein même de la magistrature. De 1821 à 1844, seize arrêts de Cours royales ou de Cours d'assises la consacrèrent expressément. Elle eût conquis force de loi sans l'énergique résistance que la Cour suprême y opposa, et qu'attestent, durant ce même laps de temps, seize arrêts émanés d'elle, dont onze prononcent des cassations [1].

7. Les vrais principes, j'entends les principes de droit strict et non ceux de l'équité, prévalurent donc; et lorsqu'un décret de la République vint en modifier l'économie, depuis quelques années déjà le silence se faisait autour de cette question si agitée. La jurisprudence vigoureusement contenue et la doctrine qui n'avait jamais varié semblaient enfin d'accord sur ses bases essentielles [2].

[1] La *Revue de jurisprudence*, malgré son titre, n'est point une table des matières. On doit comprendre dès lors que je ne puis donner ici la date de tous les arrêts que je mentionne. Cette lacune sera d'autant moins regrettée qu'elle porte sur des citations dont l'intérêt serait ici purement historique. Je dirai, d'ailleurs, qu'il n'est point un de ces arrêts dont je n'aie parcouru ou même copié le texte. Mais il ne suffit pas que mes citations soient exactes : sont-elles complètes? Oui et non. Oui, pour ce qui est de la Cour de cassation; non, pour les arrêts de juridictions inférieures que j'ai recueillis dans les auteurs spéciaux qui les mentionnent, ou dans les recueils ordinaires de jurisprudence. Je ne dissimule pas qu'en feuilletant depuis leur origine la *Gazette* et le *Droit*, j'aurais pu trouver un plus grand nombre de ces décisions ; je n'aurais pas reculé devant ce travail, si je l'avais cru utile. Mais que voulais-je prouver? D'une part, que les Cours royales n'ont pas accepté sans lutte la doctrine vraie des lois antérieures à 1848 : seize arrêts me paraissent suffire pour justifier cette assertion; d'autre part, que la Cour de cassation n'avait jamais varié dans sa jurisprudence. Je possède tous ses arrêts ; sur seize, un seul, celui du 23 mars 1844 (*Bull.*, n° 117), a, par voie de rejet, reconnu la *légalité* d'un arrêt de la Cour de Caen qui avait admis des circonstances atténuantes. C'est à tort que M. Le Seyllier (n° 302) cite dans le même sens un arrêt du 16 mars 1838 (*Bull.*, n° 69) qui appartient, au contraire, à la doctrine constante de la Cour. — Dans une telle situation, il me semble que je puis, sans me compromettre, maintenir l'exactitude de mes appréciations.

[2] *Carnot* (Code pénal, t. II, p. 529) a seul professé la doctrine contraire, qu'on n'examine même plus depuis que les discussions de 1832 en ont démontré la profonde inexactitude. Les derniers arrêts que j'aie retrouvés sur la matière sont de 1837 et de 1844. — Quant aux auteurs, voir : *Chassan*, t. I, p. 185; — *de Grattier*, t. I, p. 200; t. II, p. 244; — *Parant*, p. 152; — *Merlin*, Répertoire, v° *Peines*, § 14, n° 2; — *Dalloz*, v° *Presse*, n° 1028; — — *Duvergier*, 1832. p. 124, n° 3; — *Le Seyllier*, n° 302; — *Hélie*, Théorie du Code pénal, t. VI, p. 314; — *Ortolan*, Éléments de droit pénal, p. 467; — *Rauter*, p. 549. Toutefois, ce dernier auteur commet une singulière er-

Digitized by Google

II.

8. Nous arrivons à la seconde période, pendant laquelle, « sans bruit, sans effort, sans préjudice pour l'harmonie de » cette législation spéciale, sans trouble jeté dans l'ordre gé- » néral des peines, » et d'un accord presque unanime, l'admissibilité des circonstances atténuantes va devenir le droit commun de la presse. L'histoire de cette conquête de l'équité se lie trop intimement à l'examen doctrinal des difficultés qu'elle soulève à son tour, pour qu'il soit possible d'en faire l'objet d'un exposé distinct. Gardons-nous seulement d'oublier que cette réforme si tardive était depuis longtemps dans les vœux de ce que la magistrature, la science et les diverses législatures renfermaient de mieux accrédité. L'autorité de ce précédent peut exercer une utile influence sur l'interprétation de la loi nouvelle qu'il est temps d'aborder.

9. L'article 8 du décret du 12 août 1848 est ainsi conçu : « L'article 463 du Code pénal est applicable aux délits de la » presse, » c'est-à-dire, suivant moi, à tous les faits habituellement compris sous cette dénomination, quels qu'ils soient, et par quelque loi qu'ils soient prévus, sans distinction de date. Je ne connais point, en effet, de texte dont le sens grammatical soit plus clair, de loi dont il ressorte plus nettement qu'elle ne comporte aucune restriction.

10. Y a-t-il quelque raison de droit ou d'histoire qui contredise cette opinion? Plusieurs Cours l'ont pensé [1]. — Suivant la

reur. Tout en reconnaissant que l'article 463 du Code pénal ne s'applique pas *de plano* aux délits de presse, il croit (n° 83) qu'il s'applique, en vertu de l'article 341 du Code d'instruction criminelle, à ceux de ces délits qui étaient portés devant le jury. Il est le seul auteur qui ait soutenu cette doctrine, condamnée formellement par le texte de l'article 341 et par la discussion qui a précédé le vote de cet article.

[1] *Amiens*, 30 avril 1858; journal *le Napoléonien*, 2 mai 1858. — *Carpentras*, 24 mai 1855; D., 55, 2, 381. — *Poitiers*, 5 mars 1858; *Morin*, 1858, p. 186. — *Caen*, 29 octobre 1849; D., 50, 2, 32. — *Bordeaux*, 24 novembre 1852; *Morin*, 1853, p. 35.—Il est juste d'observer ici que les Cours d'Amiens et de Poitiers ont seules refusé d'appliquer l'article 463 à des délits de presse (délits de fausses nouvelles et de diffamation). Le tribunal de Carpentras et les Cours de Caen et de Bordeaux avaient, au contraire, à statuer sur des contraventions. Mais au lieu de traiter la question à ce seul point de vue, ces dernières Cours l'ont généralisée et tranchée même à l'égard des délits. Leurs arrêts sont donc justes au fond, mais erronés dans leurs motifs.

Digitized by Google

Cour d'Amiens et le tribunal supérieur de Carpentras, l'article 8 du décret du 12 août ne s'applique qu'aux faits prévus par ce décret lui-même. — La Cour de Caen adopte le même principe, mais elle en étend l'application aux délits prévus par les lois de 1819 et 1822, dont le décret de 1848 est, dit-elle, « la mo- » dification et le complément, ainsi que l'exprime clairement » son texte [1]. » — Un arrêt de Poitiers, sans motifs à l'appui, déclare que l'article 463 ne peut s'appliquer aux faits prévus par les lois *antérieures* à 1848. — La Cour de Bordeaux, au contraire, qui ne voit dans le décret du 12 août qu'une loi provisoire et de circonstance, pense que « la généralité de l'ar- » ticle 8 permet de l'étendre aux peines prononcées en cette » matière par les lois déjà existantes, mais non aux faits prévus » par des lois postérieures. »

Le fond commun de ces solutions contradictoires est le principe juste en soi, nous l'avons vu, que l'article 463 du Code pénal s'applique seulement aux délits prévus par ce Code, et qu'à l'égard des autres, il ne peut être admis de circonstances atténuantes qu'en vertu d'une disposition spéciale. Leur vice est de ne point comprendre que l'article 8 du décret du 12 août apporte à ce principe une dérogation complète et certaine, en ce qui concerne les délits de presse. Dût-on admettre, comme l'affirme la Cour de Bordeaux sans le prouver, que cette loi est transitoire, encore faudrait-il reconnaître qu'elle doit vivre jusqu'à la promulgation d'une loi organique sur la presse, qui est encore à faire. Sa durée est donc indéterminée, et son maintien était formellement reconnu en 1849, lors de la discussion de la loi du 27 juillet.

11. Cette première objection écartée, est-il plus juste d'établir entre les délits de presse déjà prévus et ceux à prévoir une distinction que n'autorisent certainement pas les termes mêmes de l'article 8? Nous trouvons dans l'étude historique du décret la condamnation de ce système arbitraire.

L'article 8 n'existait pas dans le projet de loi qui devint le décret du 12 août. Un amendement de MM. Bourzat, Bac et

[1] La Cour de cassation, dans un arrêt du 9 novembre 1849 (D., 49, 1, 304), s'est approprié cette même doctrine, qui restreint aux lois de 1819 et 1822 l'application de l'article 8 du décret du 11 août 1848; mais cette erreur de droit, qui est restée sans influence sur le dispositif d'ailleurs juridique de l'arrêt, ne s'est reproduit dans aucune des décisions ultérieures de cette Cour.

Digitized by Google

Bertholon en fut le premier germe. Ils demandaient que « dans » tous les cas où les peines d'emprisonnement et d'amende » étaient prononcées par le *présent décret*, le juge pût, suivant » les circonstances, n'appliquer que *l'une ou l'autre* de ces » peines. » Sur les observations d'un représentant, M. Point, et de M. Marie, ministre de la justice, le président de l'assemblée proposa cet autre amendement : « L'article 463 du Code » pénal est applicable aux délits de la presse. » L'assemblée se prononça pour cette rédaction. M. Bourzat insista alors pour qu'on dît : « L'article 463 est applicable aux dispositions du » *présent décret*, » mais il ne put obtenir cette modification. Il en résulte bien clairement que l'article 8 s'applique à tous les délits de presse sans aucune distinction [1].

Vainement la Cour de Bordeaux oppose que si l'article 8 eût posé un principe absolu pour l'avenir comme pour le passé, le législateur de 1849 n'aurait pas eu besoin de prescrire à nouveau l'application de l'article 463 aux délits que prévoit la loi du 27 juillet. L'objection porte à faux : cette loi rappelle le principe et ne le crée pas, ainsi que le prouve la discussion. M. Émile Leroux demandait qu'on décrétât l'application de l'article 463 du Code pénal aux délits prévus par cette loi. M. Barrot, président du conseil, répondit qu'il était inutile de le faire, » parce qu'elle avait lieu *de droit*, aux termes du décret du

[1] Voici, au surplus, le texte même de la discussion qui s'est établie sur l'article 8 du décret du 12 août 1848 (*Moniteur*, 12 août 1848, p. 1981) :

Amendement de MM. Bourzat, Bac et Bertholon : « Dans tous les cas où » l'emprisonnement et l'amende sont prononcés *par le présent décret*, le juge » pourra, suivant les circonstances, n'appliquer que l'une ou l'autre de ces » peines, sans préjudice de l'application de l'article 463 du Code pénal. »

Le citoyen *Point :* ..... Je propose de substituer à cet amendement un amendement qui serait ainsi conçu : « L'article 463 sera applicable aux délits *dont il s'agit.* »

Le citoyen *Marie*, ministre de la justice : ..... Je pense qu'on donne aux délinquants tout ce qu'on peut leur accorder, lorsqu'on dit que l'article 463 sera applicable aux *délits de la presse comme à tous les autres*.....

Le *citoyen Président :* Je pense qu'il faudrait rédiger ainsi le deuxième paragraphe : « L'article 463 du Code pénal est applicable aux délits de la presse. » (Oui ! appuyé !)

Le citoyen *Bourzat :* On pourrait dire : « ..... applicable aux dispositions du *présent décret.* » (Non ! non !)

Le citoyen *Berville*, rapporteur : La commission adhère à la rédaction proposée par le président. — Cette disposition est mise aux voix et adoptée.

Digitized by Google

» 12 août 1848. » L'amendement Leroux fut, il est vrai, voté, mais il le fut sur cette observation du président de l'assemblée, que « ce qui abonde ne vicie pas, » et que ce vote « n'impli- » quait pas l'abrogation de la loi du 12 août [1]. »

Ainsi donc, dans l'esprit du législateur, les dispositions de ce décret sont générales, absolues, engageant l'avenir comme le passé. Que les lois postérieures de la matière les omettent ou les rappellent, il n'y faut voir ni une pensée d'abrogation, ni une pensée de restriction. L'article 8 les domine toutes : il est aujourd'hui « le droit commun, et, pour ainsi dire, l'article 463 » du Code de la presse. » Aussi ne s'explique-t-on point comment M. Dalloz (v° *Presse*, n° 1030) et le tribunal de Tarbes (16 juillet 1858) [1], qui pensent, comme nous, que le bénéfice

[1] Extrait du *Moniteur* du 28 juillet 1849 :

Le citoyen *Président :* M. Émile Leroux propose un article additionnel ainsi conçu : « L'article 463 du Code pénal est applicable aux crimes et délits prévus par la présente loi. »

Le citoyen *Émile Leroux :* C'est dans la loi du 11 août 1848.

Le citoyen *Barrot, président du conseil :* Permettez, monsieur Émile Leroux; la loi du 11 août 1848 n'est pas abrogée. L'article 463 du Code pénal est applicable aux délits de la presse. *Cet article est général : il s'applique à tous les délits de la presse.* Il serait donc parfaitement inutile de répéter la même disposition dans la nouvelle loi.

Le citoyen *Émile Leroux :* C'est l'explication que je voulais avoir..... Je retire mon amendement.

Le citoyen *Président :* Il vaudrait mieux le reprendre et le mettre dans la loi....; *ce qui abonde ne vicie pas.*

Le citoyen *Barrot :* Cela supposerait que la loi du 11 août est abrogée.

Le citoyen *Président :* ..... Cela n'implique pas l'abrogation de la loi du 11 août dans les points qui ne sont pas réglés par la loi actuelle; mais l'assemblée peut attacher quelque importance à dire elle-même que l'article 463 du Code pénal est applicable aux crimes et délits prévus par la présente loi..... (Oui! oui! aux voix!) — Le paragraphe est mis aux voix et adopté.

[1] *Tarbes*, 16 juillet 1858; *le Droit*, 31 juillet. — M. Dalloz cite à l'appui de sa doctrine un arrêt de la Cour de cassation du 14 septembre 1849, dont les termes, trop généraux peut-être, semblent en effet se prêter à l'usage qu'il en fait. « Attendu, y est-il dit, que les dispositions de l'article 23 de la » loi de 1849 ne sont pas, plus que celles de l'article 8 du décret de 1848, li- » mitées aux délits spéciaux prévus par cette loi. » Mais en parcourant l'arrêt tout entier, il est facile de voir qu'il n'a pas la portée que lui donne M. Dalloz. L'arrêt ne statue, en effet, que sur l'application à tous les délits de presse du deuxième paragraphe de l'article 23, relatif à la quotité de la peine qui doit être prononcée par suite de l'admission des circonstances atténuantes; mais il ne s'occupe pas du premier paragraphe, le seul que nous

Digitized by Google

des circonstances atténuantes s'étend aujourd'hui à tous les délits de la presse, ont pu chercher et cru trouver la justification de ce principe dans l'article 23 de la loi du 27 juillet 1849. Ses termes formels en restreignent au contraire l'application aux seuls délits prévus par cette loi : encore une fois, ils confirment la règle, mais ils ne la font point, car elle est tout entière dans le texte antérieur et plus large de l'article 8.

12. Cette opinion est celle qui a prévalu dans la jurisprudence. La Cour de cassation, les Cours de Rennes et de Nîmes l'ont consacrée en ce qui concerne le décret de 1852, et spécialement le délit de fausses nouvelles. Le tribunal de la Seine en fait une application journalière[1]. Bien d'autres tribunaux, d'ailleurs, ont adopté cette doctrine, qui est aussi celle de MM. Chassan, Morin et Rousset[2]. M. Dalloz lui-même, malgré l'erreur d'argumentation que nous avons signalée, peut être rangé parmi ses adhérents. On doit donc aujourd'hui regarder comme définitivement acquis ce principe, si longtemps et si vainement réclamé, que le bénéfice des circonstances atténuantes s'applique à tous les délits de la presse sans distinction.

III.

13. Mais ici surgissent de nouvelles difficultés. Par ces mots *délits de la presse*, que faut-il entendre? Doit-on distinguer entre les infractions commises à l'aide de la presse proprement dite, et celles commises par toute autre voie de publication? — Entre les délits proprement dits et les contraventions? — Et parmi ces dernières, en est-il que l'article 463 touche au moins par exception?

14. La première distinction paraît avoir été proposée par le ministère public devant la Cour de cassation, qui l'a rejetée dans une affaire Marquet (28 avril 1854; *Bull.*, 126); et M. Dalloz (v° *Presse*, n° 1029), sans l'approuver, émet l'avis qu'elle

examinions en ce moment. Tout juridique qu'il soit, il ne va donc pas à la question.

[1] *Cassation*, 28 mars 1854 (*Bull.*, 126). — *Rennes*, 15 mars 1854. — *Nîmes*, 25 février 1858 (D., 58, 2, 96). — *Tribunal de la Seine :* affaire Proudhon, 2 juin 1858 (*Droit* du 5 juin); affaire de Montalembert, 24 novembre 1858 (*Droit* du 25 novembre).

[2] *Chassan*, Supplément, p. 57 et 120. — *Morin*, 1852, p. 312. — *Rousset*, Code annoté de la presse, p. 671.

Digitized by Google

est conforme à la lettre de l'article 8 précité. Il la repousse cependant, mais, dit-il, parce que « c'eût été, ce semble, im-
» puter au législateur un défaut de logique, car les délits de
» presse sont, de tous les faits qui rentrent dans les prévisions
» de la loi de 1819, ceux qui offrent le plus de gravité. » C'est ce qu'avait dit la Cour elle-même : « Il est impossible de sup-
» poser que cette disposition soit restrictive : une telle pensée
» est inconciliable avec l'esprit de la législation intervenue à
» cette époque, et avec la nature même des diverses disposi-
» tions contenues dans le décret, puisqu'elles portent toutes
» ensemble, et sans aucune distinction, sur les délits commis
» par la presse et par la parole. » Bonne doctrine, mais qui doit être, à mon sens, formulée plus énergiquement encore. Par ces mots *délits de la presse* il faut, toutes les fois qu'une disposition formelle de la loi ou un usage certain de la jurisprudence ne contrarient point cette interprétation, entendre non-seulement les délits commis à l'aide de tout moyen de publication quelconque, mais encore tous ceux prévus par les lois qui s'occupent spécialement de la matière, telles que les lois de 1819, 1822, 1835, 1848, 1849, 1852 [1], etc.; et il faut savoir dire, si l'on ne veut pas entretenir l'esprit de discussion et d'inutiles chicanes, que la lettre elle-même, la lettre juridique condamne la distinction proposée, non moins que l'esprit de la loi.

15. Quelques personnes considèrent, mais à tort, comme contraires à cette opinion divers arrêts de la Cour de Dijon et de celle de Bordeaux qui refusent d'appliquer l'article 463 au délit d'affiliation à une société secrète [2]. En effet, ce délit n'est

[1] Voir le Traité de la publication des fausses nouvelles, *Revue critique*, 1855, I, p. 23, nos 13 et suiv.

[2] *Dijon*, 25 août 1854 ; D., 56, 2, 168. — *Bordeaux*, 16 et 23 juillet 1856 ; 6 août 1856 : *Morin*, 1857, p. 37.— M. *Molinier* (*Revue critique*, 1851, p. 244) et deux arrêts de cassation, des 7 juin 1849 et 11 septembre 1851 (D., 49, 1, 223, et 51, 5, 472), décident que le délit d'affiliation à une société secrète comporte des circonstances atténuantes, et qu'il est de la compétence du jury. Cette solution était bonne sous l'empire de la loi du 27 juillet 1848 (art. 16 et 18). Cette loi étant aujourd'hui abrogée par le décret du 25 mars 1852, la Cour suprême et M. Molinier ne décideraient plus de même, à n'en pas douter.— Quant à la qualification de *délit politique* que la Cour suprême et M. Molinier donnaient en 1849 et 1851 à ce délit, elle était certainement vicieuse, même à cette époque, le fait n'étant pas mentionné dans la loi du 8 octobre 1830, qui énumérait les délits politiques et avait un caractère limitatif incontesté (V. Chassan, II, 145). Cette qualification, d'ailleurs, n'a même

Digitized by Google

point, même dans l'acception la plus large du mot, un délit de presse. Il est prévu par des lois spéciales qui ne s'occupent en rien de ce qu'on appelle vulgairement des délits de presse : celle du 27 juillet 1848 (art. 13), et le décret du 25 mars 1852. Or loin de permettre en sa faveur l'admission de circonstances atténuantes, le décret de 1852 abroge formellement l'article 18 de la loi du 28 juillet qui l'avait d'abord autorisée. Si rigoureuse que soit une telle solution, elle est seule conforme aux principes de la matière et au texte de la loi. Il faut donc l'accepter, mais sans y voir une dérogation à la règle que nous venons d'exposer.

IV.

16. Recherchons maintenant si, parmi les infractions de presse ainsi définies, il faut distinguer entre les délits proprement dits et les contraventions, ou décider, en les assimilant, que l'article 463 leur est également applicable.

La Cour de Montpellier, le tribunal de Tonnerre et M. Dalloz ont adopté cette dernière interprétation [1]. Suivant eux, si le mot *délit* s'entend généralement de toute infraction aux lois, crimes, délits ou contraventions (V. Code de l'an IV, intitulé Code des délits et des peines, et Code d'instruction criminelle, art. 305 et 309); et s'il est vrai que cette signification soit surtout usuelle en matière de presse, le législateur n'a pu lui donner un autre sens dans l'article 8 du décret du 11 août, car, dans l'hypothèse contraire, il faudrait aller jusqu'à dire que cet article ne peut s'appliquer même aux crimes dont il n'y est pas nommément question : résultat inadmissible [2]. D'un autre côté, ajoute-t-on, les contraventions de presse sont punies de peines correctionnelles. Ce sont donc, aux termes de l'article 1er du

plus d'existence légale, car un décret du 25 février 1852 a, dans cette partie, abrogé la loi du 8 octobre qui la créait.

[1] *Montpellier*, 28 janvier 1856 (D., 56, 2, 142). — *Tonnerre*, 22 janvier 1858 (Morin, 1858, p. 143). — *Dalloz*, 52, 2, 71, note sur l'arrêt de Riom. L'opinion émise par l'arrêtiste se trouve contredite par l'auteur de l'article *Presse* du *Répertoire général*, n° 491.

[2] « Ce serait, dit la Cour de Montpellier, exclure de cette faveur non-seulement les contraventions, mais même les *crimes*, et les placer arbitrairement hors du droit commun. » — « Autrement, dit le tribunal de Tonnerre, l'article 8 ne devrait pas même s'appliquer aux *crimes* de la presse dont il n'y est pas nommément question. »

Digitized by Google

Code pénal, de véritables délits. Leur dénier ce caractère, ce serait les soustraire arbitrairement aux prescriptions formelles de la loi. — Veut-on cependant les maintenir parmi les contraventions? C'est le droit commun alors qui commande de leur appliquer les circonstances atténuantes, puisque le Code pénal lui-même n'en refuse pas le bénéfice aux contraventions qu'il prévoit. Décider autrement, « ce serait consacrer ce résultat » bizarre que, dans une matière réglementée par une loi spé- » ciale, les contraventions pourraient être punies plus sévère- » ment que les délits, contrairement à l'esprit qui domine toutes » les lois pénales. » Enfin, ce serait encore méconnaître les véritables intentions du législateur, qui « pour satisfaire aux » nouvelles nécessités politiques ou sociales, n'a consenti à » élever la peine qu'en faisant concourir cet accroissement de » sévérité avec le droit d'atténuation remis à la conscience des » tribunaux. »

17. Cette interprétation est certainement erronée. Je ne dissimule pas qu'à mon sens il serait bon que les peines rigoureuses qui frappent les contraventions de presse pussent être quelquefois mitigées; mais, en l'état, la loi ne le permet pas : j'ajoute qu'elle ne devra pas le permettre tant que de sages précautions n'auront pas été prises pour prévenir l'abus qu'on pourrait faire de ce bénéfice appliqué aux contraventions.

Sur le fond même de la question, écartons d'abord les objections tirées de l'influence que les définitions et les principes du Code pénal devraient exercer ici, dit-on. S'il est vrai que, d'après l'article 1er du Code pénal, l'infraction punie de peines correctionnelles soit un délit, et celle punie de peines de police une contravention, il est incontestable aussi qu'en ce qui concerne les lois spéciales, la doctrine a, d'un accord unanime, répudié cette classification, inexacte à tout autre point de vue que celui de l'attribution de compétence[1]. En ces matières, ce qui distingue le délit de la contravention, ce n'est ni la quotité ni la fixité de la peine, ni le nom, ni la place que la loi donne à l'infraction, ni même la dévolution qu'elle en fait à une juridiction quelconque : c'est la question d'intention. Le fait incriminé suppose-t-il une intention coupable? c'est un délit. Con-

[1] Voir *Chassan*, I, p. 499. — *De Royer*, Encyclopédie du droit, v° *Contravention*, n° 28. — *Dalloz*, v° *Contravention*, n° 2, et v° *Presse*, n° 484, avec le renvoi à tous les auteurs qui ont examiné cette question.

Digitized by Google

siste-t-il dans l'infraction purement matérielle, positive ou négative aux infractions de la loi? c'est une contravention. Dès que la contravention existe, la peine est encourue telle que la loi l'a prononcée, sans que les tribunaux puissent rechercher si quelques circonstances particulières atténuent ou non la gravité de l'infraction. — Loin que les dispositions du Code pénal contredisent cette théorie, elles lui viennent singulièrement en aide. En effet, si le bénéfice des circonstances atténuantes s'étend aux contraventions que prévoit le Code, c'est en vertu, non de l'article 463 que la jurisprudence avait toujours refusé de leur appliquer, mais des dispositions expresses que le législateur de 1832 a dû ajouter à l'article 483 du Code pénal, pour combler cette lacune [1]. — Et peu importe qu'il arrive que des contraventions soient punies plus sévèrement que certains délits de même nature. Ce résultat, quoi qu'on en dise, n'a rien de bizarre ni de contraire à l'esprit de nos lois. Dans un délit, la question de moralité, de bonne foi, d'intention, domine à ce point le fait qu'elle peut le soustraire à toute conséquence pénale; à plus forte raison peut-elle le réduire à des proportions si minimes que la plus faible peine en soit une réparation suffisante. Dans les contraventions, au contraire, la peine atteint non la moralité du fait, mais le fait lui-même; et comme un fait existe ou n'existe pas, mais n'existe pas plus ou moins, la peine doit être invariable comme lui. Tel est, sauf les exceptions que toute règle comporte, l'esprit général de notre loi. Il en résulte qu'un délit peut, aux yeux du législateur, intéresser quelquefois moins gravement l'ordre social qu'une simple contravention : il est donc rationnel que, dans ce cas, il soit moins sévèrement puni.

Montrons enfin qu'il est inexact de dire que ce droit d'atténuation ait jamais été dans la volonté même tacite du législateur de 1848; nulle part, dans la discussion des lois portées depuis cette époque, on ne rencontre trace ni indice d'une telle intention. Loin de là, le texte même de ces lois fournit la preuve que la distinction déjà autorisée des infractions de presse en délits et contraventions n'avait point échappé à l'attention du législateur, et a été volontairement conservée par lui. Le décret du 6 mars 1848, qui abroge la loi de 1835, se fonde,

[1] *Chassan*, I, p. 500. — *Dalloz*, v° *Peines*, n° 569.

Digitized by Google

entre autres motifs, sur ce qu'elle avait « appliqué, contre tous » les principes de droit, à des faits appelés *contraventions* les » peines qui ne doivent frapper que des délits; » et il déclare, dans son article 2, que « jusqu'à ce qu'il ait été statué par la » Constituante, les lois antérieures relatives aux délits et aux » contraventions en matière de presse seront exécutées. » — Le décret du 2 mai, concernant la presse aux colonies, maintient aussi provisoirement l'exécution des lois concernant « la » répression et la poursuite des crimes, *délits* ou *contraventions* » de presse. » — Celui du 28 juillet, sur les clubs, établit une distinction formelle (art. 16) entre les infractions aux formalités prescrites par le décret, c'est-à-dire les infractions qu'il défère à la juridiction correctionnelle, et les autres infractions, c'est-à-dire les délits qu'il soumet au jury.

Qu'en conclure, sinon que les lois nouvelles ne confondent point les contraventions avec les délits, et que cette distinction, formulée par la jurisprudence, et s'appuyant sur des principes dont la valeur peut être contestée, mais non point l'existence, doit être maintenue? Il est vrai que souvent, et pour la commodité du langage, on se sert du mot *délit* pour désigner les infractions de toute sorte à la loi. C'est un abus dont j'ai moi-même, en le constatant, tiré certaines conséquences; mais l'influence qu'il peut avoir est ici circonscrite par la loi elle-même, qu'il faut savoir respecter[1]. — C'est en vain qu'on ajoute que si, dans l'article 8 du décret du 12 août, le mot *délit* ne peut s'entendre même des contraventions, il ne doit pas s'entendre davantage des crimes : d'où l'on titre cette conséquence que, dans notre système, le bénéfice des circonstances atténuantes ne pourrait s'appliquer même aux crimes commis en matière de presse. C'est oublier trop vite que l'article 463 du Code pénal s'applique par lui-même à tous les crimes, par quelque loi qu'ils soient prévus, ainsi que nous l'avons montré plus haut[2].

18. En définitive, il faut reconnaître que le législateur nouveau n'a rien entendu changer aux principes qui ont toujours régi la matière; — que les contraventions proprement dites de la presse ne doivent pas, au point de vue spécial qui nous occupe, être confondues avec les délits; — que, dès lors, les

[1] Loco citato, *Revue critique*, 1855, I, p. 23 et suivantes.
[2] Voir n° 3, note 2 de cette Étude.

Digitized by Google

dispositions de l'article 11 du décret du 12 août 1848 ne leur sont point applicables, — et qu'aujourd'hui encore le bénéfice des circonstances atténuantes ne peut être étendu aux contraventions que dans les cas spécialement prévus par la loi. Ainsi, d'ailleurs, le décide une jurisprudence considérable dont nous donnons en note la longue énumération [1].

19. J'ai dit plus haut qu'en vertu de ce principe l'article 463 du Code pénal pouvait s'appliquer aux contraventions prévues par les lois des 10 décembre 1830 et 16 février 1834, sur les afficheurs, crieurs, colporteurs et chanteurs publics, et par la loi du 21 mai 1836 sur les loteries, mais à elles seules.

La Cour de cassation avait cependant jugé, le 2 mars 1850 (Bulletin 77), que l'article 23 de la loi de 1849 permettait d'appliquer l'article 463 du Code pénal aux contraventions réprimées par cette même loi, notamment à celle prévue par l'article 7 concernant le dépôt des imprimés au parquet avant leur publication, et plusieurs auteurs ont expressément ou tacitement adhéré à cette opinion (*Chassan*, supplément, p. 121 ; *Dalloz*, 52, 1, 281 ; *Morin*, 52, p. 312). L'arrêt de 1850 partait de ce

[1] Avant 1848, cette même doctrine était professée par MM. *Chassan*, I, p. 501. — *Parant*, p. 50 et 51. — *De Grattier*, I, 105. — Devant les tribunaux, la question n'était pas même agitée. Le tribunal de *Valence* avait eu cependant à la résoudre, ce qu'il avait fait dans le sens de la doctrine. Jugement du 11 août 1837 (*Gazette des tribunaux* du 25).

Depuis 1848, elle a été tranchée dans le même sens par MM. *Chassan* (Supplément, p. 57 et 121) ; — *Rousset* (Code annoté, p. 134, n° 673 *bis*) ; — *Morin* (1852, p. 312) ; — *Dalloz* (v° *Presse*, n° 491).

Voir aussi : 1° En ce qui concerne les contraventions à la loi de 1814 :

Cassation, 9 novembre 1849 (*Bull.*, 295). — *Caen*, 29 novembre 1849 (D., 50, 2, 32). — *Paris*, 28 juin 1850 (D., 50, 2, 98). — *Cassation*, 31 août 1850 (*Bull.*, 288). — *Aix*, 22 novembre 1855 (D., 56, 2, 268).

2° En ce qui concerne la loi du 27 juillet 1849 :

Riom, 6 février 1850 (D., 52, 2, 71), pour fait de colportage.

3° En ce qui concerne la loi du 16 juillet 1850 :

Cassation, 6 septembre 1851 (*Bull.*, 372), pour défaut de signature.

4° En ce qui concerne le décret du 17 février 1852 :

Bordeaux, 24 novembre 1852 (D., 52, 5, 440). — *Orléans*, 11 décembre 1854 (Morin, 55, p. 102). — *Carpentras*, 24 mai 1855 (D., 55, 2, 38). — *Auxerre*, 24 mai 1855 (D., 55, 3, 46). — *Paris*, 6 mars 1858 (Morin, 58, p. 143). — *Amiens*, 30 avril 1858 (*le Napoléonien*, 2 mai 1858), pour des faits de publications diverses dans des journaux non autorisés ou non cautionnés. — *Cassation*, 15 septembre 1854 (*Bull.*, 284), pour fait d'introduction en France de journaux non autorisés. — *Cassation*, 29 février 1856 (*Bull.*, 87), pour mise en vente de gravures sans autorisation.

Digitized by Google

principe que les contraventions de presse doivent être comprises sous la dénomination générale de délits. Or, l'article 23 parlant de tous les délits prévus par la loi de 1849, le bénéfice en profitait aux contraventions comme aux délits proprement dits. Cette argumentation trouvait, suivant la Cour, un point d'appui dans la division même de l'article 23 en deux paragraphes : le premier généralisant l'extension de l'article 463 du Code pénal à tous les délits, ou, en d'autres termes, à toutes les infractions prévues par la loi ; le second restreignant aux faits portés devant le jury, c'est-à-dire cette fois aux délits proprement dits, les règles qu'elle trace pour la détermination des peines. Nous avons déjà reconnu et démontré que cette assimilation des contraventions avec les délits était erronée.

Quant au texte de l'article 23, loin d'avoir la portée que lui attribue l'arrêt du 2 mars 1850, il implique nettement que l'application du principe qu'il renferme ne sera faite que par le jury. Or, le jury ne connaissait que des délits. — Cela est si vrai d'ailleurs, que, lorsque le législateur de cette époque a voulu comprendre dans ses dispositions formelles même les contraventions, il a cru nécessaire de recourir à des expressions plus larges. Ainsi, tandis que les lois de 1848 et 1849 sur la presse ne parlent de l'application des circonstances atténuantes qu'aux délits, la loi du 28 juillet 1848 sur les clubs portait (art. 8) que l'article 463 pourrait être appliqué à *toutes les infractions* prévues par cette loi. Cette différence de langage est sensible et complète la réfutation de l'arrêt du 2 mars 1850. Hâtons-nous d'ajouter, d'ailleurs, que la Cour a d'elle-même rétracté cette doctrine, et que les Cours de Riom, Paris et Aix ont également reconnu que les dispositions de l'article 23 de la loi de 1849 s'appliquent exclusivement aux délits prévus par elle et non aux contraventions [1].

[1] *Cassation*, 29 février 1856 (*Bull.*, 87), pour le fait d'exposition de livres sans autorisation : article 22 du décret du 17 février 1852. — *Paris*, 28 juin 1850 (D., 50, 2, 198), et *Aix*, 22 novembre 1855 (D., 56, 2, 268), pour le défaut de déclaration préalable, et l'omission du nom de l'imprimeur : loi de 1814, article 14. — *Riom*, 6 février 1850 (D., 52, 2, 71), pour le fait de colportage d'écrit sans autorisation : loi du 27 juillet 1849, article 6. — Je n'ai point rangé parmi les arrêts qui tranchent la question un arrêt du 31 août 1850, que M. Dalloz (50, 5, 281) considère cependant comme contraire à celui du 2 mars 1850, partant comme identique à celui du 29 février ; il ne m'a

Digitized by Google

V.

20. Nous épuiserons toutes les difficultés qu'a soulevées jusqu'à ce jour l'application de l'article 463 aux infractions de la presse, en recherchant quelle influence elle peut avoir sur *la détermination de la peine.*

La loi du 27 juillet 1849, rendue sous l'empire des lois de 1830 et de 1848 qui attribuaient au jury la connaissance des délits de presse, porte (art. 20, § 2) que « lorsque le jury aura déclaré » l'existence des circonstances atténuantes, la peine ne s'élèvera » jamais au-dessus de la moitié du maximum déterminé par » la loi. »

Aujourd'hui les règles de compétence sont modifiées; les décrets des 31 décembre 1851, 17 et 25 février 1852 ont enlevé au jury et restitué aux tribunaux correctionnels la connaissance de ces délits. Ce changement de juridiction n'a-t-il point abrogé le deuxième paragraphe de l'article 23? Ou doit-on décider que les tribunaux correctionnels sont tenus d'en observer les termes? M. Dalloz (v° *Presse*, n° 1030) pense « qu'il n'a modifié » ni les éléments constitutifs du délit, ni les pénalités édictées » en vue de leur répression, et que ce § 2 doit être observé par » les tribunaux correctionnels, » comme il l'était par les Cours d'assises. Cette opinion n'est pas fondée. L'article 23 ne parle que du jury, et s'il ne dit rien des tribunaux correctionnels, qui cependant jugeaient déjà certaines infractions de presse, ce n'est certes pas sans motifs. Quelle serait, en effet, l'utilité, la raison d'être d'une telle disposition appliquée aux tribunaux correctionnels?

Elle était bonne au regard des Cours d'assises et du jury,

point paru que les motifs en fussent assez explicites pour me permettre de m'en prévaloir.

L'arrêt de la Cour de Riom doit d'ailleurs être l'objet d'une observation toute spéciale. Il avait à statuer sur un fait de colportage qualifié de contravention à l'article 6 de la loi du 27 juillet 1849. Dans ces termes, il est juridique. Il ne faudrait point en conclure cependant que toute infraction relative au colportage soit exclue du bénéfice des circonstances atténuantes. Il faut distinguer entre celles qui rentrent dans les prévisions de la loi de 1849, et celles auxquelles s'appliquent les lois non abrogées des 10 décembre 1830 et 16 février 1834 (*Chassan*, Supplément, p. 95; *Dalloz*, v° *Presse*, n° 446). Les dernières tiennent de ces lois elles-mêmes la faveur que le silence des lois postérieures a fait refuser aux autres, et cette distinction, que ce n'est point ici le lieu d'étudier, doit toujours être présente à l'esprit du juge.

Digitized by Google

parce qu'aux termes du droit commun, lorsque le jury, exceptionnellement saisi de la connaissance de délits, admettait l'existence de circonstances atténuantes, cette déclaration ne liait pas la Cour qui pouvait n'en tenir aucun compte. Entre ces deux juridictions indépendantes il pouvait donc toujours surgir un conflit d'appréciation qu'il était sage de prévoir, et légitime de trancher en face du prévenu. Rien de tel n'est plus à craindre. Aujourd'hui, le même magistrat déclare la culpabilité, l'excuse et la peine. S'il veut, sans épuiser celle-ci, la maintenir au-dessus du niveau fixé par la loi de 1849, — appliquer, par exemple, dix-huit mois d'emprisonnement pour un délit passible du maximum de deux années, — il écarte les circonstances atténuantes; c'est son droit absolu. Avant de prononcer, il sait quelle peine il veut et il peut infliger, et il ne se contredira point sciemment en admettant des circonstances atténuantes qui l'obligeraient à en prononcer une autre. La loi qui voudrait l'y contraindre serait illusoire et impraticable.

C'est donc avec beaucoup de raison que cette prescription n'a point été étendue aux tribunaux correctionnels par le législateur qui ne pouvait en assurer l'exécution. Je n'hésite point à dire, malgré l'avis de M. Dalloz, que le deuxième paragraphe de l'article 23 doit être aujourd'hui considéré comme virtuellement abrogé par les lois subséquentes, qui, en dépouillant le jury de la connaissance des délits de presse, ont rendu ses dispositions complétement inutiles.

VI.

21. De cet examen des lois et de la jurisprudence, il nous est maintenant aisé de conclure qu'en ce qui concerne le bénéfice des circonstances atténuantes le décret du 11 août 1848 a définitivement rangé les infractions de presse sous l'empire de la loi commune.

D'une part, en effet, tout crime ou délit prévu par les lois de presse, sans distinction de date, comporte l'application de ces circonstances, — les crimes, en vertu de l'article 463 du Code pénal; — les délits, en vertu de l'article 8 du décret du 12 août 1848, devenu leur article 463. D'autre part, l'admission de ce bénéfice reste aujourd'hui, comme par le passé, sans autre influence sur le degré ou la quotité de la peine que celle déterminée par l'article 463 lui-même.

Digitized by Google

Quant aux contraventions de presse, de même que les contraventions ordinaires, elles ne comportent l'admission des circonstances atténuantes que dans les cas où la loi l'autorise spécialement. Jusqu'à présent nous n'en connaissons pas d'autres que ceux prévus par les lois de 1830 et 1834 sur les crieurs, afficheurs et chanteurs publics, et de 1836 sur les loteries. La législation postérieure n'y a rien ajouté.

Notre dernière conclusion peut donc ainsi se formuler : L'article 463 du Code pénal est applicable à tous les crimes et délits de presse. Il n'est applicable aux contraventions que dans les cas spécialement prévus par la loi. AMB. VENTE.

CONTRAVENTIONS ET DÉLITS. — LEUR NATURE.

ADMISSION OU REJET DES EXCUSES.

Par M. Er. PERROT DE CHEZELLES, substitut du procureur impérial à Auxerre.

I. L'article 1er du Code pénal sépare les faits punissables en trois classes : les contraventions, les délits et les crimes.

Ce n'est pas une définition basée sur l'essence des actes ; c'est une classification tirée de la nature des *peines*, criminelles, correctionnelles ou de police, dont ils sont frappés. Censurée au point de vue métaphysique par des jurisconsultes éminents, cette distinction, si elle ne repose pas sur un principe de *droit*, contient du moins, pour les questions de *compétence*, une règle usuelle de la plus extrême simplicité, et met, avec une précision parfaite, en regard des *trois catégories* d'infractions, les trois *ordres de juridiction* qui doivent en connaître : tribunaux de simple police, tribunaux de police correctionnelle, et Cours d'assises.

Envisagée de ce côté, la division, adoptée par les auteurs du Code pénal, nous semblerait échapper à toutes les critiques, si l'expression de *contravention* n'avait pas reçu, dans le langage des auteurs, de la jurisprudence, et de la loi même, une autre signification que celle-ci : infraction punie d'une *peine de police*, et si, opposée à cette autre expression : *crimes ou délits inten-*

Digitized by Google

tionnels, on ne devait l'appliquer, abstraction faite du genre de peine qui les atteint, à ces infractions purement *matérielles*, où l'on ne saurait admettre d'autres *excuses* que la force majeure et la démence.

Le mot de *contravention* conduit à ce sens : infraction matérielle, c'est-à-dire, lorsqu'elle a été librement et volontairement commise, punissable en dehors de toute intention mauvaise de l'agent, et sa bonne foi fût-elle démontrée. Et il est impossible de méconnaître que le Code pénal et plusieurs lois spéciales ont prévu une foule de *contraventions*, non pas seulement frappées de *peines de police*, mais encore de *peines correctionnelles*, ou *criminelles* même.

II. Telle est la thèse que nous voulons exposer; thèse d'une importance quotidienne pour les tribunaux de répression, tant au point de vue du rejet des excuses, qu'au point de vue du *cumul des peines*. (*Cass.* 17 mai 1851.)

Elle peut se formuler plus nettement encore : ne divisant plus les actes punissables qu'en deux classes, à quelles marques reconnaître les *infractions intentionnelles*, appelées, suivant leur gravité propre, crimes ou délits, — à quels signes les *infractions matérielles*, nommées, dans l'usage, contraventions ?

En d'autres termes enfin, pour quelles infractions l'absence d'intention coupable ne désarme-t-elle pas la répression ?

C'est en matière de contravention, tout le monde est d'accord sur ce point ; mais qu'est au juste une contravention ?

Serait-ce seulement, comme le pensent quelques esprits superficiels, qui prétendent s'appuyer sur le texte de l'article 1er du Code pénal, les infractions punies des peines de *simple police ?* — Confusion de mots puérile ! On l'a déjà dit : l'article précité ne pose pas un principe de droit, mais une règle de compétence.

La jurisprudence a reconnu d'ailleurs ce caractère de contravention à de nombreuses infractions atteintes de peines correctionnelles, à plusieurs même qui sont frappées, comme des crimes, par la loi pénale. Et l'on peut affirmer que la division des faits punissables en crimes ou délits intentionnels, et contraventions matérielles, résultait de la nature des choses et de la loi, avant d'être sanctionnée par les arrêts.

III. Ces diverses propositions seront appuyées plus bas par des exemples; il importe de rechercher spéculativement d'abord

Digitized by Google

le signe distinctif des contraventions et des délits. — Sans doute on ne touche pas sans péril aux théories : il est plus difficile encore d'en établir une ; mais le praticien, qui ne prend pas son point de départ dans les principes, s'avance en tâtonnant dans l'obscurité.

Or, quel que soit le danger des définitions et des catégories, ne pouvait-on pas ranger parmi les *délits* ces actes réprouvés par la *morale absolue*, où doivent éclater, en conséquence, pour qu'ils tombent justement sous l'application des lois répressives, l'intention de nuire, la mauvaise foi de l'agent? Ici la *cause* est plus pernicieuse que l'*effet ;* elle mérite particulièrement d'être atteinte. La plupart de ces faits sont énoncés au livre III du Code pénal.

Ne pourrait-on pas ranger au contraire, parmi les *contraventions*, ces actes insignifiants en eux-mêmes au point de vue de la conscience générale de l'humanité, mais qui, pour protéger l'*intérêt relatif* des sociétés suivant leur degré de civilisation, leurs institutions politiques, ou leurs mœurs actuelles, ont été compris dans les prohibitions spéciales des lois écrites ? Le législateur n'envisage plus alors, comme en matière de crimes et de délits, la cause avec l'effet. La cause étant à peu près indifférente, l'effet surtout le préoccupe. Qu'il y ait ou non perversité chez son auteur, le dommage engendré par l'acte est le même, l'infraction constatée suffit à justifier la peine ; il ne s'agit que de prescriptions fiscales, réglementaires ou de police. On peut les enfreindre, on les enfreint le plus souvent sans intention mauvaise proprement dite ; car de tels manquements n'ont rien de contraire soit à la sûreté de l'État, soit à la probité, soit à l'honneur du contrevenant, soit au respect de la personne ou du bien d'autrui. Le fait matériel de désobéissance *nuit à l'ordre établi ;* — qu'il s'adresse soit à un jugement, soit à une ordonnance, soit à un acte quelconque de l'autorité publique, et quel qu'en puisse être le motif, négligence, erreur, ignorance, involontaire oubli, il doit être atteint et se trouve frappé par le règlement ou par la loi. Les intérêts, qu'on veut sauver, ne seraient pas gardés autrement.

Ainsi des contraventions de simple police énumérées en grand nombre au livre IV du Code pénal ; ainsi d'autres infractions d'un danger social beaucoup plus grave, prévues, soit par les livres I et III du Code pénal lui-même, soit par certaines lois

Digitized by Google

particulières, et plus sévèrement réprimées. — Aucune autre excuse que la force majeure ou la démence ne les efface; quel qu'ait pu être le mobile du contrevenant, l'acte, librement et volontairement commis, est punissable.

IV. Descendrons-nous de l'abstraction dans les faits positifs, nous verrons que ces règles, inspirées par la raison pure, sont confirmées chaque jour par la doctrine, par la jurisprudence, et par la loi.

Nous avons indiqué trois ordres d'*infractions matérielles* ou contraventions, punies de peines criminelles, correctionnelles ou de police. Il suffira, pour ces dernières, de renvoyer le lecteur au livre 4 du Code pénal, à certaines dispositions de la loi du 30 mai 1851 sur la police du roulage, à de nombreux articles du Code forestier, etc.

V. Quant aux contraventions punies, comme des *crimes*, par la loi pénale, nous en citerons trois exemples, puisés dans les articles 33, 229 et 430 du Code pénal.

1. Aux termes de l'article 33 du Code pénal, le fait du banni qui rentre, avant l'expiration de sa peine, sur le territoire de l'Empire, est puni (*sur la seule preuve de son identité*) par la peine de la *détention*.

« Ce n'est point un *délit moral*, c'est une contravention *matérielle*, le simple fait de la rentrée du condamné sur le territoire la consomme. » (Codes annotés de Sirey, n° 1, sous l'article 33.)

La détention cependant est une peine afflictive et infamante (art. 7 du C. pén.).

2. Suivant l'article 229, on voit punir du bannissement, peine infamante (art. 8 C. pén.), l'individu qui, après avoir frappé un magistrat, et condamné à s'éloigner temporairement de sa résidence, a enfreint cet ordre. N'est-ce pas, et par les mêmes motifs, comme la désobéissance à l'article 33, une infraction purement matérielle?

Qu'un banni rentre sur le territoire de l'Empire, ou un expulsé dans un rayon de deux myriamères de la résidence de l'offensé, qu'il y rentre sans permission, par un motif en lui-même exempt de blâme, ce n'est pas un délit moral; mais il a enfreint un ordre de justice, le fait matériel suffit ici; que deviendrait autrement la répression?

3. De même pour le fournisseur aux armées qui fait man-

Digitized by Google

quer, sans y être contraint par une force majeure, le service dont il est chargé (art. 430 C. pén.). *Morin*, Répert., t. I, p. 566. Il s'agit pourtant de la *reclusion*, peine afflictive et infamante, — article 7 du Code pénal.

Qu'on ne taxe pas ces conséquences de rigorisme excessif : le magistrat, s'il n'est pas l'esclave, est tout au moins le gardien et le serviteur de la loi.

L'article 463 du Code pénal lui permet, au surplus, de modérer les pénalités édictées pour ces cas spéciaux ; mais il ne saurait aller au delà ; le droit de grâce ne lui appartient pas ; au souverain seul de tempérer parfois l'apparente dureté de tels principes.

VI. Pour les simples contraventions punies de peines correctionnelles, les exemples abondent.

Ouvrons d'abord le Code pénal, interrogeons la jurisprudence et la doctrine.

4. Nous verrons que la rupture de ban existe indépendamment de toute intention criminelle, par le seul fait de l'infraction aux règles prescrites par l'article 44 (*Cass.* 18 oct. 1845; *Poitiers*, 13 sept. 1858).

5. De même, de l'acte du fonctionnaire qui s'ingère dans des affaires de commerce incompatibles avec sa qualité (art. 175-176, C. pén.). *Morin*, Répert., t. I, p. 566.

6. De même, du fait par un officier de l'état civil d'avoir inscrit un acte sur feuille volante ; article 192 (*Chauveau et Hélie*, t. III, p. 309, 3e édition).

7, 8. De même, quand cet officier, sans s'être rendu d'ailleurs coupable de collusion (art. 195 C. pén.), a enfreint les prescriptions portées, en matière d'actes de mariage, dans les articles 193 et 194 dudit Code.

9. De même, du ministre du culte qui enfreint la disposition de l'article 199, relatif à la justification du mariage civil (*Chauveau et Hélie*, t. III, p. 62).

10. De même, s'il entretient à l'étranger, sur des matières religieuses, une correspondance non autorisée (art. 207, C. pén.), *Morin*, ubi suprà ; Codes annotés de Sirey, n° 1, sous ledit article.

11. De même, la négligence du gardien, qui laisse échapper un détenu, article 237 et suivants, est une simple contravention matérielle (*Chauveau et Hélie*, t. III, p. 195).

Digitized by Google

12. De même l'immixtion, sans titre, dans des fonctions publiques (art. 258 C. pén.); *Morin*, ibidem.

13. De même, le port illégal d'un costume, d'un uniforme, ou d'une décoration; l'usurpation d'un titre, ou l'altération d'un nom (art. 259 C. pén.).

14, 15. De même, en matière de vagabondage et de mendicité, article 269 et suivants, 274 et suivants. — L'absence d'intention criminelle, la bonne foi, le malheur même peuvent atténuer, mais ne sauraient effacer ces infractions. (Décidé spécialement pour le vagabondage, *Cass.* 21 mars 1823).

16, 17, 18, 19. Même solution en matière de fabrication, de vente, de détention, et de port, de munitions, de poudre fulminante ou de machines meurtrières, et d'armes de guerre ou prohibées; article 314 Code pénal; loi du 24 mai 1834; article 3 de la loi du 27 février 1858. (*Cass.* 26 mars 1835. *Bordeaux*, 1er février 1837. *Cass.* 25 juin 1840, et 12 mars 1852.)

20. De même, en cas d'homicide et de blessures par imprudence (art. 319, 320 C. pén.). *Morin*, ubi suprà.

21. De même, du fait de procéder sans autorisation à une inhumation, ou de contrevenir, d'une manière quelconque, aux règlements sur cette matière; article 358 Code pénal. (*Chauveau et Hélie*, t. IV, p. 408.)

22, 23, 24. De même, des infractions aux règlements sur les maisous de jeu, sur les loteries et sur les maisons de prêt sur gages; articles 410, 411 Code pénal, et loi du 31 mai 1836. (Voir, sur les maison de jeu particulièrement, deux arrêts de *Cass.* des 5 octobre 1810, et 26 mars 1813.)

25. De même, pour l'inondation des propriétés d'autrui (art. 457 C. pén.). *Morin*, loco cit.

26. De même, en matière d'incendie par imprudence; article 458 Code pénal.

27, 28. De même enfin, en matière de détention, et de communication, soufferte avec d'autres par leurs maîtres, d'animaux infectés; articles 459 et suivants. *Morin*, ibidem.

— Jugé de même, relativement à certaines lois spéciales, où le fait matériel suffit à fonder la responsabilité pénale de l'agent.

29. Par exemple, en matière d'infractions aux lois et règlements sur les contributions indirectes. (*Cass.* 21 février 1806,

Digitized by Google

5 novembre 1807, 25 février et 26 août 1808, 2, 3 mars et 1er septembre 1809, 31 janvier 1812, 31 mai 1822.)

30. En matière d'octroi. (*Cass.* 20 déc. 1811, 3 avril 1817, 2 mai 1822, 31 janvier 1829, 14 mars 1835.)

31. En matière de garantie d'or et d'argent. (*Cass.* 7 décembre 1815, 2 juillet 1818, 21 avril 1827, 30 mai 1836.)

32. En matière d'amende pour fraude à l'enregistrement. (*Cass.* 2 nivôse an VII, 17 prairial an XI.)

33. En cas d'immixtion dans le transport des journaux. (*Orléans*, 7 juillet 1838.)

34. En matière d'infraction aux règlements sur la navigation. (Trib. de *Rouen*, 20 déc. 1848.)

35. A l'égard des délits forestiers en général. (*Cass.* 2 messidor an XIII, 7 avril 1808, 21 juillet 1809, 23 juillet 1813, 23 juillet 1827, 1er mai 1829, 8 mars 1834, 12 mai 1843, 6 septembre 1845.)

36, 37, 38. En matière de contraventions aux lois sur la presse, l'imprimerie et la librairie. (*Cass.* 12 sept. 1823, 21 fév. 1824, 7 novembre 1836, 13 mai 1854; *Paris*, 20 juillet 1855, et 14 juillet 1857.)

39. En matière de chasse. (*Cass.* 6 mars 1857; *Pau*, 28 août 1857.)

40. En matière d'ouverture illicite d'un cabaret. (*Cass.* 29 août 1857; *Paris*, 14 janvier 1858.)

VII. Dans tous ces cas, dans plusieurs autres, en matière de roulage, par exemple, loi du 30 mai 1851, et règlement du 10 août 1852; en matière de pêche, loi du 15 avril 1829; en matière de police des chemins de fer, loi du 15 juillet 1845, et ordonnance du 15 novembre 1846 ; l'excuse de *bonne foi* ne saurait effacer le tort de l'infracteur. Il ne s'agit pas, en effet, de manquements accomplis tout à la fois envers *la loi morale* et la loi écrite, mais de négligence, d'omission, ou de désobéissance, soit à divers actes de l'autorité, soit à des dispositions *réglementaires et de police.*

Quitter une résidence obligée pour chercher, je le suppose, du travail et des moyens d'existence ailleurs, vivre à la façon de Diogène, tendre la main quand on est infirme, inscrire un acte de l'état civil sur une feuille volante, inhumer sans la permission du maire, ne pas prévenir ce fonctionnaire qu'on possède un animal soupçonné d'être atteint d'une maladie contagieuse,

Digitized by Google

allumer du feu dans les champs, à moins de cent mètres d'une habitation ou d'un bois, de manière à déterminer imprudemment un incendie, lancer trop vivement son cheval et, pour conséquence, blesser ou tuer involontairement les passants, ouvrir un cabaret sans l'autorisation du préfet, chasser au mois d'avril ou par la neige, pêcher la nuit ou en temps de frai, ne pas allumer la lanterne d'une voiture, exercer la profession de libraire sans être muni d'un brevet, transporter des lettres ou des journaux dans sa poche, etc., sont-ce là des actes hostiles à la *morale absolue*? Ce sont de simples infractions matérielles à des dispositions réglementaires ou fiscales, de police administrative ou politique, fondées souvent sur l'*intérêt transitoire* des sociétés. Effacez ces décrets, restera-t-il une action *coupable*, comme le vol, le meurtre, la dénonciation calomnieuse, le complot ou l'incendie volontaire? Non! L'examen de l'*intention* importe donc peu, nous le répétons encore : le fait, librement consenti, suffit à motiver la répression.

VIII. S'il nous était permis, en terminant, de fixer un *criterium* à la solution des difficultés que peut faire naître la distinction des actes punissables en *délits moraux* et *contraventions matérielles*, nous prendrions celui-ci, abstraction faite des peines qui les peuvent atteindre :

« Les infractions, réprouvées en elles-mêmes par la conscience comme attentatoires à la sûreté des personnes, des propriétés, et des États, sont des *délits* ou des *crimes*. »

« Les infractions, indifférentes en elles-mêmes au point de vue de la loi morale, et qui, n'y trouvant pas de sanction antérieure, tombent uniquement sous le coup des lois écrites, sont des *contraventions*. »

Pas de délit, dans le premier cas, sans l'*intention* perverse de l'agent; — punition nécessaire, au second cas, du *fait matériel*.

Dira-t-on que nous livrons l'examen de ces questions, et leur décision, au caprice de la raison individuelle? Nous avons pour guide, pourrons-nous répondre, le texte fortifié par la doctrine et par les arrêts. — Dieu, au surplus, n'a pas tellement livré ce monde à la dispute que les notions éternelles du juste et de l'injuste puissent varier sensiblement dans les consciences honnêtes, éclairées par des esprits droits. Quelle que soit la nécessaire complication des législations chez les nations avan-

Digitized by Google

cées, *la loi naturelle*, après avoir été leur point de départ, surnage au-dessus d'elles pour les simplifier en les expliquant. Nous connaissons peu de difficultés pratiques qu'elle ne puisse résoudre : frappez votre *conscience*, la vérité en sortira toujours, comme la source jaillit du rocher.

ER. PERROT DE CHEZELLES.

ÉTUDE SUR LA POSSESSION ET LES ACTIONS POSSESSOIRES.

THÉORIE DE LA POSSESSION.

Par M. L.-A. MARINIER, professeur suppléant provisoire à la Faculté de droit de Strasbourg.

CHAPITRE I.

DE LA POSSESSION EN GÉNÉRAL.

I. Éléments de la possession.
II. Définition de la possession.
III. Sa nature juridique.
IV. Ses divisions.
V. Résumé.

I.

1. La possession renferme deux éléments distincts : le fait et l'intention. Sans le premier, il n'y a point d'activité réalisée; sans le second, l'acte est dépourvu de toute moralité ou du moins n'est pas l'expression de la personnalité de celui dont il émane.

2. 1° *Le fait.* Son but est, comme nous venons de le dire, d'imprimer sur la chose la personnalité du possesseur. Mais comme d'une part ce qui a droit au respect d'autrui ce n'est pas seulement la *réalisation actuelle* de l'activité, mais aussi son *résultat* qui lui survit; comme d'autre part il faut que certains faits viennent protester contre toute présomption d'abandon, il s'ensuit qu'il n'est point nécessaire pour constituer la possession d'un développement continuel d'activité, mais que cependant les faits qui lui ont donné naissance ne suffisent pas pour la conserver indéfiniment.

Digitized by Google

De là différentes nuances dans la relation qui devra s'établir entre le sujet et l'objet de la possession.

Un premier fait sera leur rapprochement. Toutefois, la simple possibilité d'agir qui en résulte ne constitue point encore la possession ; car si cette relation vient à cesser sans que l'occupant ait laissé des traces de son passage, aucun droit n'aura pris naissance en sa personne. L'occupation [1] n'était respectable qu'autant qu'elle durait, l'élément juridique étant seulement alors la personne elle-même, sa sphère d'action et non une réalisation d'activité durable. Précisons ces idées par un exemple : Je me transporte sur un fonds avec intention de me l'approprier; mais au lieu d'y agir en maître, d'y planter, d'y passer la charrue, etc., je me contente d'en examiner la disposition, de voir l'utilité que j'en pourrai tirer, puis je m'en éloigne. Dans ce fait il n'y a point prise de possession. La possession ne commence que par *l'exercice réel de l'activité*.

Mais aussi dès que ce fait s'est produit, la proximité de la personne et de la chose n'est plus nécessaire pour conserver la possession. Les traces de l'activité qui subsistent sur le fonds constituent le *factum* [2] de la possession, abstraction faite de la situation physique du possesseur à leur égard. La personne de celui-ci n'est plus à considérer que pour l'intention (*animus*) et pour la capacité générale qu'il doit avoir de pouvoir être investi d'un droit [3].

Les jurisconsultes romains exprimaient ces idées en disant que la possession s'acquiert *corpore et animo* et se retient *animo tantum* [4].

Néanmoins cette conservation de la possession n'a lieu qu'au-

[1] Par cette expression nous n'entendons point ici la prise de possession à l'aide d'actes extérieurs réalisés sur la chose, mais le simple rapprochement de la personne et de la chose, ainsi qu'on peut le voir dans l'exemple donné ci-après dans le texte.

[2] Ce mot ne désigne pas ici, comme dans les écrits des jurisconsultes romains, la *réalisation* même de l'activité

[3] C'est donc par rapport à la chose qu'il faut entendre cette *possibilité* de pouvoir y exercer son influence, qui est requise comme condition de la conservation de la possession ; en ce sens que la possession ne peut se perdre que par des faits accomplis sur la chose par des tiers. Les actes dirigés contre la personne du possesseur n'ont de valeur qu'autant qu'ils sont accompagnés d'actes réalisés sur la chose.

[4] Fr. 3, § 11. 41. 2. D.

Digitized by Google

tant qu'un tiers ne s'est pas emparé de la chose. En effet, posséder c'est exclure au moins dans une certaine limite. Cependant nous verrons qu'en droit français la perte de la possession qui avait une année de durée n'est complète qu'après que la dépossession a duré également une année [1]. — A l'égard des meubles, les jurisconsultes romains exigeaient une condition de plus pour la conservation de la possession : il fallait que le possesseur eût la chose *sub custodia sua*, ou au moins qu'il eût connaissance du lieu où elle se trouvait [2]. Par *custodia* on entendait les mesures qu'il avait dû prendre pour la protéger contre l'action des tiers [3]. Autant la possession des meubles était fragile, autant il fallait que les obstacles qui la garantissaient fussent énergiques.

Le rapprochement de la personne et de la chose devra cependant se produire à différentes époques. Car la possession ne constitue pas un rapport purement de droit; elle ne subsiste que par un certain renouvellement d'activité.

On voit, d'après cela, que l'étendue du fait constitutif de la possession varie avec ses phases. Quant à la proximité du sujet et de l'objet, elle n'est nécessaire que comme condition de la production d'activité.

3. Nous sommes maintenant à même d'apprécier jusqu'à quel point il est permis de dire que la possession suppose, comme condition essentielle, un état dans lequel une personne peut exercer son influence sur une chose, et écarter en même temps toute influence étrangère [4]. Cette manière d'envisager le fait extérieur dans la possession dit trop ou trop peu. Elle dit trop s'il s'agit de l'acquisition, trop peu s'il s'agit de la conservation. En effet, la possession se conserve, malgré l'éloignement du possesseur et indépendamment de la situation physique de sa personne, tant qu'il garde l'*animus domini* et qu'un tiers n'a pas appréhendé la chose [5]. Elle ne s'acquiert, au contraire, que par une *réalisation* d'activité. Cette dernière proposition est

[1] Art. 2243 C. Nap.

[2] Fr. 3, § 13; fr. 47. 41. 2. D.

[3] Fr. 44, pr. 41. 2. D.

[4] Savigny, *Traité de la possession*, traduction Beving, p. 24.

[5] Pour que la proposition que nous critiquons fût vraie quant à la conservation de la possession, il faudrait entendre cette possibilité d'action, ainsi que nous l'avons fait à la note 2 de la page précédente.

Digitized by Google

vraie, quant à l'acquisition originaire, sans qu'il y ait à se préoccuper du point de savoir si la chose était déjà ou non en la possession d'un tiers [1]. — Toutefois, nous reconnaissons qu'il n'en est pas de même dans l'acquisition dérivée. En ce cas, la chose a déjà passé sous la puissance et possession de celui qui la livre. Son fait profite à l'autre partie qui la reçoit; et la présence de l'objet, ainsi que la possibilité d'agir qui en résulte, suffit pour transférer la possession. Cette distinction nous permettra d'expliquer des textes que nous citons plus loin en traitant de l'acquisition de la possession.

4. 2° *L'intention.* La volonté de tenir la chose comme sienne est aussi essentielle à l'existence de la possession que le fait extérieur. Elle en est la cause impulsive; elle l'accompagne dans son développement et lui survit quand il s'est réalisé.

Par intention de posséder, il ne faut point entendre la conviction que l'on a de son droit (*opinio dominii*). La possession existe par cela seul qu'il y a activité développée à titre de maître sur une chose, sans examiner si ce fait est accompagné d'un juste titre et de la bonne foi. Ces dernières circonstances peuvent faire produire à la possession certains effets spéciaux [2], mais elles ne sont pas au nombre de ses éléments constitutifs [3]. Aussi nos anciens auteurs définissaient la possession : *detentio rei corporalis, animo eam sibi habendi* [4].

On a observé que les jurisconsultes romains n'ont défini nulle part l'*animus domini*, et que cette expression ne se trouve même pas dans les textes. Théophile l'emploie le premier dans sa paraphrase des Institutes. — Cette observation n'est peut-être pas complétement exacte. Dans la loi 1, § 3, 41. 2., D., Paul nous parle de l'*affectus tenendi*, expression qui pour

[1] Nous verrons même que suivant les principes du droit romain, dans le premier cas, la réalisation d'activité elle-même ne suffisait pas pour faire acquérir la possession. Fr. 6, § 1. 41. 2. D.

[2] Art. 549, 550, — 2265 à 2269, — 2279, 1141 C. Nap.

[3] Art. 2228, 2262 C. Nap.

[4] C'est ce que veulent dire ces mots « *posséder comme propriétaire* » qui se rencontrent dans certaines dispositions de nos lois, expressions qui, aux yeux de personnes non versées dans la connaissance du droit, sembleraient désigner le propriétaire lui-même. Si la loi les emploie pour désigner le simple possesseur, c'est qu'en général il se prétendra propriétaire pour donner une couleur de légitimité à ses actes de maître.

Digitized by Google

lui est synonyme d'*animus domini*[1]. Dans la loi 7, 43. 19. D., Ulpien indique l'idée de maîtrise comme un élément essentiel de la possession. Au reste, le mot *animus* des jurisconsultes romains équivaut à ce que nous appelons aujourd'hui l'*animus domini*.

II.

5. Les lois romaines ne nous ont laissé aucune définition de la possession. La loi 1 pr. au Digeste, livre XLI, titre 2, ne nous donne que l'étymologie du mot *possessio* : « *possessio appellata est* (*ut et Labeo ait*) *à sedibus*, *quasi positio* : *quia naturaliter tenetur*, *ab eo qui ei insistit*..... »

Les interprètes du droit romain ont longuement discuté sur le point de savoir s'il fallait lire *pedibus* ou *sedibus*. Nous ne renouvellerons point cette controverse ; cependant, s'il nous fallait émettre une opinion, nous lirions plus volontiers *sedibus*. Cette leçon nous semble corroborée par la raison que donne Paul : *Quia naturaliter tenetur ab eo qui ei insistit*. L'étymologie viendrait alors de *sedere*, *insistere*. Observons, au reste, que la loi première ne s'applique qu'au fait de la détention et non à la possession proprement dite. C'est ce qui résulte de ces mots *naturaliter tenetur*. Le verbe *tenere* indique généralement un rapport de fait sans intention d'appropriation, ce qui est précisément le signe distinctif de la détention et de la possession[2].

La véritable étymologie du mot *possession* est dans le verbe *posse*, qui caractérise la possibilité d'agir sur la chose : condition essentielle de la possession, au moins à son origine et à certains instants de sa durée[3].

6. Avant d'aborder la définition du Code civil, il faut nous arrêter sur un principe qui jouait en droit romain un rôle important dans la théorie de la possession, et dont la connaissance est nécessaire pour l'intelligence complète de l'article 2228 de notre Code.

[1] C'est ce qui résulte de la lecture de ce texte, quoique le mot *tenere*, employé seul, désigne le fait de la simple détention. Fr. 38, § 8. 45. 1. D.

[2] Fr. 38, § 8. 45. 1. D. C. 2. Code, liv. VII, tit. 39.

[3] Toutefois, nous avons montré que cette possibilité n'était point suffisante pour créer la possession à elle seule. — Quand nous disons qu'elle n'est nécessaire qu'à certains instants de la durée de la possession, pour la conserver, nous voulons parler d'une possibilité immédiate. La possibilité qui résulte de l'absence de tout empiétement sur la chose doit subsister pendant toute la durée de la possession réelle.

Digitized by Google

Les jurisconsultes romains, partant de ce fait que pour exprimer le droit de propriété (*dominium*) il suffit de désigner la chose sur laquelle il porte, en avaient conclu que ce droit se confondait avec son objet. — D'autre part, ils avaient remarqué que les démembrements de la propriété ne pouvaient se désigner que par un nom particulier qui distinguait le droit de la chose; ainsi l'on dit un droit d'usufruit, de servitude, d'usage ou d'habitation. Ces droits leur apparaissaient dès lors comme séparés de l'objet sur lequel ils portaient. Se laissant prendre à ces formes de langage [1], ils divisèrent les choses en choses corporelles et choses incorporelles. Ces dernières prirent le nom de *jura in re* [2].

Partant de cette division, les jurisconsultes ne reconnurent comme susceptibles de possession que les choses corporelles : « *Possideri autem possunt quæ sunt corporalia..... quia nec possideri intelligitur jus incorporale* [3]. » Aucune possession n'existait d'après le droit civil chez celui qui exerçait un *jus in re*. Il ne possédait pas la chose parce qu'il n'avait pas l'*animus domini* dans toute sa plénitude; il ne possédait pas son droit parce que c'était une chose incorporelle. De là des conséquences importantes pour l'acquisition des *jura in re* et pour les interdits [4]. Ce fut le préteur qui, sans nier ouvertement le principe du droit civil, le tourna en admettant une *quasi-possessio juris*, c'est-à-dire un état qui était pour les *jura in re* ce qu'est la

[1] Cette différence qui existe entre l'expression du droit de propriété et celle de ses démembrements, tient à ce que la propriété est la plénitude des droits que l'on peut avoir sur une chose, et peut par conséquent se désigner par la chose elle-même, tandis que dans tout démembrement de propriété il y a une idée de restriction qui nécessite une autre forme de langage. Il ne suffit pas de désigner la chose, car le droit ne la frappe pas sous tous ses aspects juridiques.

[2] Tel était en droit romain le sens de cette expression, qui ne comprenait que les droits réels autres que la pleine propriété (fr. 1. VII. 1. D; fr. 10. 8. 5. D). *Sive domini sint*, dit Gaius, *sive aliquod jus in ea re habeant, qualis est creditor et fructuarius et superficiarius* (fr. 19. 39. 2. D). Cependant, on trouve dans quelques textes l'expression *jus proprietatis*, mais ce n'est que par exception (fr. 21, § 3. 44. 2. D. C. 2, Code, liv. VII, tit. 39). En droit romain, les *jura in re* n'avaient point pour corrélatifs les *jura ad rem*. Cette dernière division nous vient du droit canonique.

[3] Fr. 3, pr. 41. 2; fr. 1, § 27. 41. 3. D.

[4] Les *jura in re* ne pouvaient se transférer *jure civili* par tradition, ni s'acquérir par usucapion.

Digitized by Google

possession pour le *dominium* et les choses corporelles. Cette quasi-possession ne s'appliquait point à la chose, mais au droit lui-même : ainsi l'on disait « *jus fundi possidere..... jus possedit*[1]. » De là cette différence de langage des jurisconsultes romains suivant qu'ils envisagent la relation du titulaire du *jus in re* par rapport à la chose elle-même ou par rapport au droit; dans le premier cas, ils disent qu'il ne possède pas ou qu'il possède *naturaliter*[2], dans le second qu'il quasi-possède son droit[3].

Cette distinction de la possession d'une chose et de la quasi-possession d'un droit était capitale en droit romain. Cependant elle perdit son utilité quand le droit civil se confondit avec le droit prétorien. Nos anciens auteurs la conservèrent par esprit de tradition[4], et elle a même laissé des traces dans la définition du Code, quoiqu'elle n'y soit pas expressément reproduite.

7. L'article 2228 du Code Napoléon porte : « La possession est la détention d'une chose ou d'un droit que nous tenons ou que nous exerçons par nous-mêmes, ou par un tiers qui la tient ou qui l'exerce en notre nom. »

Plusieurs remarques sont à faire sur cet article :

Premièrement, cette définition supprime la distinction romaine de la possession proprement dite et de la quasi-possession. Il est vrai que le législateur met en opposition les choses et les droits, et se sert d'expressions différentes pour désigner ces deux relations[5], mais cependant il les renferme sous la dénomination générale de possession[6].

[1] Fr. 7. 43. 19; fr. 2. 8. 4. D.

[2] Fr. 12, pr. 41. 2; fr. 15, § 1. 2. 8. D.

[3] Fr. 23, § 2. 4. 6; fr. 10. 8. 5. D.

[4] Le judicieux Domat s'était mis au-dessus de ces puérilités de langage. Liv. 3, tit. 7, sect. 1, n° 5.

[5] « Détention d'une chose..... jouissance d'un droit. » Art. 2228.

[6] Mais tout en appliquant le mot *possession* à l'exercice des droits, le Code est loin d'avoir abrogé complétement la distinction des choses et des droits correspondant à la propriété et à ses démembrements. On en retrouve des traces dans le titre de la distinction des biens (art. 517 à 520, 526 C. Nap.). Cette division n'était pas fondée sur la nature des choses. Sans doute la forme de langage qui lui servait de base ne manquait pas d'exactitude (V. ci-devant, n° 6, note 1); mais il n'en reste pas moins certain que la propriété est en elle-même un droit tout aussi incorporel que l'usufruit et les servitudes. De même que ces droits participent, quant à leur objet, de la nature de la propriété, en ce sens que, comme elle, ils s'exercent sur une chose. La

Digitized by Google

Secondement, la définition du Code mérite un reproche qu'on ne pouvait pas adresser à celle de Pothier, qui cependant semble en avoir été la source. Pothier définissait la possession « la *détention d'une chose corporelle* que nous tenons *en notre puissance,* ou par nous-mêmes ou par quelqu'un qui la tient pour nous et en notre nom [1]. » Les rédacteurs du Code ont bien fait disparaître l'expression *chose corporelle* prise par opposition à celle de *chose incorporelle,* mais ils ont oublié ces mots « en notre puissance, » qui avaient cependant une grande énergie et exprimaient l'*animus domini* dans toute sa force [2].

Ce silence apparent de l'article 2228 sur l'*animus domini* a conduit M. Troplong à dire que la loi n'avait donné là qu'une définition de la détention [3]; qu'elle ne considérait la possession que dans le sens le plus général et en quelque sorte à son premier degré, dont l'effet est de mettre l'individu en rapport avec la chose. Le Code ne s'occuperait que par la suite des variétés de ce rapport, « qui sont très nombreuses, comme, par exemple, possession à titre de propriétaire, possession à titre précaire. » M. Troplong, en s'appuyant sur les articles 2230, 2231 et 2236, a prétendu que dans le langage du Code, le fermier, le dépositaire étaient des possesseurs. La question n'est qu'une question de mots, car le célèbre jurisconsulte reconnaît lui-même que les effets de la possession se déterminent d'après l'espèce à laquelle elle appartient. Celle du détenteur précaire ne serait qu'une possession nue, *nudum factum*. Aussi ne nous arrête-

fausseté de la division venait de ce qu'on ne tenait pas compte du même élément : on considérait la propriété dans son objet, et les démembrements en eux-mêmes. Le Code s'est plus rapproché de la nature des choses en ne reproduisant pas dans la matière de la possession les conséquences que les jurisconsultes romains avaient tirées de cette distinction. En effet, de même qu'on peut posséder une chose d'une manière absolue, on peut la posséder sous un rapport déterminé. Telle est la situation de l'usufruitier, de l'usager et autres personnes qui sont investies d'un démembrement de propriété. Nous n'avons pas besoin de faire observer que c'est seulement à des droits de cette nature que s'applique l'article 2228; son origine historique le prouve suffisamment.

[1] Pothier, *Traité de la possession*, n° 1.

[2] Le Code a été plus exact en empruntant à Domat la définition de la délivrance qui se trouve dans l'article 1604 du Code Napoléon : La délivrance est le transport de la chose vendue en la puissance et possession de l'acheteur.

[3] M. Troplong, *Prescription*, t. I, n° 218.

Digitized by Google

rons-nous pas longtemps sur ce point. Cependant nous ne pouvons partager l'innovation que M. Troplong a voulu introduire dans le vocabulaire du droit.

Les rédacteurs du Code, définissant la possession dans ses rapports avec la prescription, devaient avoir en vue la possession à titre de maître nécessaire pour prescrire. On ne peut croire qu'ils aient voulu remonter à l'un des éléments de la possession, la détention, qui, il faut le reconnaître, n'a jamais été qualifiée en droit du nom de possession.

L'article 2228 porte, au reste, en lui-même la preuve qu'il définit la possession véritable à titre de maître. En effet, la loi nous dit que la possession est la détention d'une chose que nous tenons par nous-mêmes ou par un autre qui la tient en notre nom. C'est donc celui au nom duquel la chose est tenue qui possède dans le sens de l'article 2228, et non celui qui la tient pour autrui. Il n'y aurait aucune ambiguïté si le législateur avait défini la possession : la détention d'une chose que nous tenons *en notre nom*, par nous-mêmes ou par un autre. Le déplacement de ces mots : *en notre nom*, n'atteste point une pensée différente.

Dans les articles 2230, 2231 et 2236, le Code parle en effet de *possesseurs pour autrui*, mais aucun doute n'est possible sur le sens de ces mots. La portée du premier se trouve mitigée par les deux autres. Aussi est-ce aller non-seulement contre l'article 2228, mais encore contre les articles 2230, 2231 et 2236 que de dire, sans aucune autre addition, que le fermier possède. Le deuxième alinéa de l'article 2236 nous offre une expression plus exacte dans ces mots : *détenteurs précaires*[1].

Troisièmement, la définition du Code ne fait point figurer la bonne foi au nombre des éléments de la possion. La raison en est qu'il y a dans le seul développement de l'activité humaine à titre de maître, un fait assez important pour constituer une relation à laquelle le législateur attache certains effets. Domat, qui s'occupait de la possession au point de vue de l'usucapion d'après les principes du droit romain, la définissait : « la détention d'une chose qu'a *celui qui en est le maître*, *ou qui a*

[1] Le mot *détenteur*, employé seul, a deux significations : tantôt il désigne un possesseur pour autrui, tantôt un possesseur quelconque, même à titre de maître. C'est ainsi qu'on dit que la revendication s'intente contre tout détenteur. Dans le chapitre 6, livre III, titre 18, du Code Napoléon, le mot *détenteur* a la même signification.

Digitized by Google

juste sujet de croire qu'il l'est, et qu'il tient en sa puissance ou en celle d'un autre par qui il possède [1]. » La définition du Code est plus générale ; elle envisage la possession en elle-même.

Quatrièmement, la possession ne supposant point pendant toute sa durée une relation active et matérielle entre la personne et la chose, il faut entendre le mot *détention*, dont se sert l'article 2228, de manière à le mettre en harmonie avec les idées précédemment développées [2]. Deux moyens y conduisent : ou on définira la détention le rapprochement de la chose, et alors il faudra dire qu'on ne l'exige pas continuellement ; ou on appellera de ce nom une relation de fait reproduite seulement à certaines époques, mais dans l'intervalle desquelles aucun obstacle n'a été apporté sur la chose à la libre jouissance du possesseur. En ce cas la définition est exacte [3].

Néanmoins, pour éviter toute ambiguïté sur le sens de ce mot et définir la possession dans toutes ses phases, nous dirons qu'elle est une *relation* entre une personne et une chose, *par suite* de l'exercice exclusif à titre de maître de l'activité de cette personne ou de son représentant sur la chose.

Notre définition a l'avantage de ne point impliquer, comme condition de la possession, une *relation de fait* continuelle entre la personne et la chose. La possession est une relation ; elle se distingue donc des faits qui lui servent de base [4]. Nous ne fixons pas les limites de ces derniers, car elles varient suivant qu'il s'agit d'acquérir ou de conserver la possession. Ce point ne rentre pas dans une définition générale de la possession, mais dans la théorie spéciale de l'acquisition ou dans celle de la conservation.

III.

8. Après avoir ainsi déterminé les éléments de la possession et en avoir donné la définition, nous devons approfondir *sa nature.* Est-elle un droit ou un fait? Question vivement contro-

[1] Domat, *Lois civiles*, liv. III, tit. 7, sect. 1, n° 1.

[2] V. n° 2.

[3] Ce sens large du mot *détenteur* semble être le véritable, car on dira très-bien d'un fermier qui s'est éloigné des lieux loués avec esprit de retour, qu'il les détient tant qu'un tiers ne s'en est pas emparé.

[4] Par relation de fait, nous entendons la proximité de la personne et de la chose ; par relation sans aucune autre addition, nous désignons un rapport distinct de cette proximité matérielle et qui constitue la possession.

Digitized by Google

versée entre nos anciens auteurs, et sur laquelle il convient de nous arrêter.

Exposons d'abord en quel sens les jurisconsultes romains disaient, tantôt que la possession est *res facti*, tantôt qu'elle est *non tantum corporis sed juris*, ailleurs *jus possessionis*. On sait que cette diversité d'expressions a jeté les interprètes dans un grand embarras quand il s'est agi de concilier les textes.

Pour y arriver, il faut remarquer que très-souvent le sens d'une expression varie suivant le corrélatif qu'on lui donne; c'est ainsi que M. de Savigny a montré que par les mots *possessio naturalis*, les jurisconsultes romains désignaient des situations entièrement différentes, suivant qu'ils mettaient cette expression en opposition avec celle de *possessio civilis* ou avec celle de possession proprement dite (*possessio*) [1]. Il en était de même des expressions *res facti*, *jus possessionis;* le tout est de saisir les corrélatifs. Sous ce rapport, il faut ranger les textes dans quatre classes différentes :

A. La possession considérée en elle-même offre deux éléments, le fait et l'intention. A ce point de vue le mot *factum* désignera l'acte extérieur et sera mis en opposition avec l'*animus*. C'est en ce sens qu'il se trouve employé dans la loi 29, livre XLI, titre 2, au Digeste : *Possessionem pupillum sine tutoris auctoritate amittere posse constat : non ut animo sed ut corpore desinat possidere : quod est enim facti potest amittere; alia causa est si forte animo possessionem velit amittere; hoc enim non potest* [2]. En laissant de côté la vérité de cette solution [3], nous voyons qu'Ulpien dit que la possession est de fait quand on l'envisage dans un de ses éléments. A vrai dire, c'est cet élément lui-même et non la possession qu'il appelle un fait : *quod est enim facti potest amittere.* La perte de la possession est la conséquence de l'absence d'un de ces éléments. C'est donc à tort que Doneau prétend qu'Ulpien dit dans ce texte d'une manière absolue que la possession est de fait.

Dans la loi 1, § 15, livre XLVII, titre 4, au Digeste, le mot *factum* se trouve employé dans le même sens que dans le texte précédent.

[1] V. ci-après, n° 16.

[2] Ulp., lib. XXX, *ad Sabinum*. D., liv. XLI, tit. 2, fr. 29.

[3] Une raison de douter se tire de la loi 11. 41. 1. D. Nous concilierons plus tard ces deux textes.

Digitized by Google

B. Les jurisconsultes romains mettent en opposition ces deux expressions *res facti causa facti* [1] et *res juris*. Les mots *res facti* comprennent ici les deux éléments de la possession, le fait et l'intention [2].

L'expression *res facti causa facti* désigne une situation que le droit civil ne crée point, à laquelle il peut seulement attacher certains effets juridiques, mais dont la persistance est nécessaire pour que ces effets continuent. L'expression *res juris* désigne au contraire la réunion de certains effets juridiques qui subsistent par la seule force du droit civil et indépendamment d'une situation extérieure quelconque.

Dans les *res juris* rentrent la puissance paternelle, les droits du maître sur ses esclaves, la puissance tutélaire. La possession, le mariage [3], le droit d'habitation, sont, au contraire des *causæ facti*. Ces diverses situations se rapprochent donc en ce sens qu'elles supposent toutes un fait dont la loi civile s'empare pour y attacher des conséquences juridiques; elles diffèrent en ce que dans les unes la persistance d'un état de fait est nécessaire pour que les effets juridiques subsistent, tandis que dans les autres elle ne l'est pas. L. A. MARINIER.

(*La suite à une prochaine livraison.*)

BIBLIOGRAPHIE.

HISTOIRE DU DROIT FRANÇAIS,

Précédée d'une Introduction sur le droit civil de Rome, par M. F. LAFERRIÈRE, membre de l'Institut; inspecteur général des Facultés de droit.— 6 vol. in-8°. Paris, Cotillon, éditeur.

Compte rendu par M. DE VALROGER, professeur de l'histoire du droit à la Faculté de Paris.

Il y a vingt ans parut une *Histoire du droit français*, œuvre d'un auteur encore inconnu dans la science et bientôt célèbre. Le livre de M. Laferrière brillait par le coloris et le mouvement:

[1] Fr. 12, § 2. 49. 15. D.

[2] Fr. 1, §§ 3 et 4, 41. 2. D. — C'est dans le même sens que Paul appelle la *possession de bonne foi* un fait, par opposition à l'*usucapion* (*jus capionis*). Le mot *factum* renferme ici un fait physique et un fait moral (*opinio dominii*). Fr. 48, § 1. 41. 1. D.

[3] Fr. 12, § 2. 49. 15. D.

Digitized by Google

il avait les vives qualités de la jeunesse; il en avait aussi quelques défauts. Frappé d'une idée juste dans une moindre mesure, l'auteur s'en était trop laissé préoccuper : tout notre droit coutumier lui avait paru dériver de la féodalité. En continuant des études pour lesquelles sa vocation était marquée par un si beau début, M. Laferrière a reconnu que notre droit avait eu des origines plus mêlées, et qu'il fallait, en remontant par delà l'époque féodale, suivre sa formation d'âge en âge jusqu'au moment où la lumière nous manque, pour démêler les éléments entrés dans sa composition. M. Laferrière a donc repris son œuvre d'après un autre plan et de bien plus larges proportions. Les deux volumes dont nous venons rendre compte sont les cinquième et sixième d'un grand ouvrage qui n'a de commun avec l'autre que le sujet.

Ils sont consacrés à l'exposition des diversités régionales que présentaient les coutumes de la France vers la fin du moyen âge.

Pour se rendre compte de la formation du droit qui régissait nos provinces avant 1789, M. Laferrière a dû sortir des limites dans lesquelles le royaume était enfermé à l'époque qu'il étudie.

Lorsque se démembra le trop vaste empire de Charlemagne, il se détacha de la France des contrées qui devaient s'y réunir un jour, mais qui passèrent pour plusieurs siècles sous l'autorité des empereurs d'Allemagne.

Le royaume de France, réduit ainsi à d'étroites proportions, fut encore morcelé à l'infini par la féodalité. Le pays se couvrit de grands fiefs, desquels relevait une foule de fiefs de moindre ordre. Les hauts feudataires reconnaissaient la suzeraineté du roi, mais à la condition qu'elle demeurerait inactive et les laisserait maîtres chez eux. Nos princes étaient loin d'être obéis dans les limites même de ce qu'on appelait *pays d'obéissance du roi* : ils s'y trouvaient en face de barons remuants qui leur causèrent bien des embarras. Enfin arrive un moment où la royauté reprend force. Elle remet la main sur quelques-uns des plus grands fiefs de la France : l'hérésie des Albigeois lui livre le comté de Toulouse; le crime de Jean Sans-Terre la Normandie. Au moment où elle reconstruisait ainsi matériellement son pouvoir, la restauration du droit romain lui apporta d'autres éléments de force en faisant rentrer dans les esprits l'idée de l'unité du pouvoir. Le XIIIe siècle, qui vit s'opérer cette

Digitized by Google

double révolution, fixa les destinées de la France. On voit dès lors se dessiner toutes les tendances dont le développement a constitué la société moderne.

C'est à ce moment que l'histoire de notre droit avait été amenée par M. de Laferrière dans ses précédents volumes. Ceux-ci déroulent sous les yeux du lecteur les variétés juridiques qui furent le résultat de ce passé. M. Laferrière y étudie les *Coutumes de la France dans ses diverses provinces.* Il les étudie dans la période la plus obscure de leur existence, c'est-à-dire en les prenant à leur berceau et les conduisant jusqu'à l'époque où le grand travail de rédaction officielle, accompli au XVIe siècle, leur donna un corps plus solide, une forme mieux arrêtée.

Pour mettre un ordre logique dans son exposition, l'auteur visite d'abord les régions les moins françaises, les terres d'Empire; puis, entrant dans la France du moyen âge par le Midi, il arrive en remontant aux contrées qui peuvent être à bon droit considérées comme le cœur de la France et le berceau de son droit le plus national : je veux parler de celles qui constituaient le domaine royal avant les grandes acquisitions du XIIIe siècle.

Les terres d'empire formaient à l'est du royaume une longue lisière qui suivait les bords du Rhin et du Rhône. C'était d'abord une partie de la Flandre, divisée en deux régions qui n'avaient ni la même physionomie, ni la même condition politique. L'une, appelée *Flandre Gallicane*, parlait la même langue que la France du Nord, le roman wallon, et relevait de nos rois. L'autre, appelée *Flandre Flamingante*, parlait un dialecte tudesque, le flamand, et formait un fief de l'empire. En descendant vers le midi, on rencontrait la Lorraine appartenant à une puissance qui avait su s'en faire une possession héréditaire; puis l'Alsace, échiquier de seigneuries et de villes vivant dans une dépendance plus ou moins étroite de l'empire. La Bourgogne était, comme la Flandre, partagée entre la France et l'Empire. Du duché de Bourgogne, destiné à rester un des grands fiefs de la couronne, il se détacha, dès le Xe siècle, un comté qui devait avoir désormais une existence séparée. Un moment ce comté toucha à l'indépendance et prit le nom de *Franche-Comté;* mais ce fut pour retomber bientôt, tout en gardant ce nom, sous la suzeraineté des empereurs d'Allemagne. Le Lyonnais et les contrées voisines étaient aussi terres d'empire; mais l'autorité impériale y était faible : le pouvoir se partageait à Lyon entre l'évêque et

Digitized by Google

la municipalité. Cette situation fut mise de bonne heure à profit par nos rois pour se rattacher Lyon et y substituer leur protectorat à la suzeraineté des empereurs. On vit bien au XIVe siècle combien leur autorité était devenue faible dans toutes ces contrées que leur situation et leurs tendances naturelles inclinaient du côté de la France : en 1349 le Dauphiné est donné à nos rois sans faire mention des droits de l'Empire dont il relevait ; l'Empire n'essaie point de s'opposer. Sa suzeraineté s'était étendue jusque sur la Provence ; mais la Provence lui échappa aussi à la suite d'un mariage qui, vers le milieu du XIIIe siècle, transporta ce comté à une branche de la maison capétienne.

Tous ces pays détachés de la France pour entrer dans la sphère de l'empire, mais destinés à s'y unir de nouveau plus tôt ou plus tard, eurent un droit coutumier dont le fond était le même que celui du nôtre : usages germaniques sur lesquels s'était greffé le système féodal. Mais, dans un autre milieu et d'autres circonstances, ce droit coutumier prit une tournure différente. Il en fut surtout ainsi du droit féodal. Le caractère personnel et viager des bénéfices s'effaça de bonne heure dans nos fiefs : il n'en resta chez nous que certaines formes et des droits de mutation. La patrimonialité des fiefs ne parvint pas à se constituer aussi bien en Allemagne : l'hérédité des fiefs s'établit, mais non leur aliénabilité. Il en fut de même dans le droit féodal de la Lombardie. Chose toute simple : dans le démembrement de la monarchie franque, l'Italie devint une dépendance de l'empire d'Allemagne. Cette ressemblance fit adopter par nos voisins d'outre Rhin, comme l'expression de leurs propres usages, les très-anciens coutumiers lombards qui sont connus sous le nom de *libri feodorum*. M. Laferrière a constaté leur autorité et leur longue influence sur le droit féodal des terres d'empire redevenues plus tard provinces françaises. Le trait le plus caractéristique de leur droit, c'était le développement bien moins avancé de la patrimonialité des fiefs.

Arrivé à la Méditerranée, M. Laferrière la côtoie. Il entre dans les régions Pyrénéennes et trouve encore des pays qui furent au moyen âge entraînés hors de la sphère de la France. La domination de Charlemagne s'était étendue au delà des Pyrénées. Dans le démembrement de ses états, les comtes de Barcelone fondèrent une puissante maison qui reconnut d'abord

Digitized by Google

la suzeraineté des rois de France. Mais ensuite, étant montée sur le trône d'Aragon, son orgueil ne s'accommoda plus de cette dépendance. Le droit Catalan, exprimé par les *Usatici Barchinonis*, marqua de son empreinte les coutumes d'un pays qui n'a été rattaché de nouveau à la France qu'au XVIe siècle, le Roussillon.

La partie occidentale des régions pyrénéennes présente un spectacle qui ne ressemble à rien de ce que nous avons vu jusqu'ici. Des populations y ont conservé une vieille langue qui les distingue de tout ce qui les entoure. La philologie y reconnaît la langue des Ibères que les Romains trouvèrent établis en Espagne et mêlés aux Celtes dans le sud-ouest de la Gaule. Cette persistance de la vieille langue suggérerait l'idée que les pays Basques auront pu conserver aussi quelques usages juridiques des Ibères. On possède dans les *Fors de Béarn* des coutumes basques d'une époque ancienne. Étudiées à ce point de vue par M. Laferrière, elles n'ont point réalisé l'attente que l'on conçoit en les ouvrant. C'est au fond le même droit que dans les contrées environnantes. Des originalités s'y rencontrent, mais rien n'a paru à M. Laferrière porter l'empreinte d'un droit Ibérien.

Nous voici arrivés au pays de droit écrit par excellence, au Languedoc. La Gaule était séparée de l'empire quand Justinien se livra aux travaux législatifs qui ont rendu son nom si célèbre. Il semblerait donc que le droit romain conservé dans le Midi ne pût être que le droit d'avant Justinien. La coutume du Midi au moyen âge montre en effet la persistance de principes changés par Justinien. Mais elle montre en d'autres choses, dès l'époque la plus reculée, un droit dérivé de sa législation. Il demeure donc démontré, et les preuves abondent d'ailleurs, que le droit de Justinien ne fut pas sans pénétrer dans notre pays bien avant la restauration des études. Mais il ne s'y établit point assez pleinement pour supplanter toutes pratiques contraires.

La persistance du droit romain dans le Midi n'empêcha point les institutions coutumières du Nord de s'y communiquer. Il s'en fit un mélange avec les règles romaines qui altéra les unes et les autres. Je citerai comme exemple le privilége de la masculinité qui s'établit dans le Midi sous la forme d'exclusion des filles dotées. Ce mélange produisit quelquefois des combinai-

Digitized by Google

sons singulières. Ainsi le midi ayant adopté la maxime *le mort saisit le vif*, il l'étendit aux héritiers testamentaires. Le droit coutumier avait été conséquent en leur refusant la saisine, parce qu'il ne voyait en eux que des légataires : le Midi ne fut pas moins conséquent en la leur accordant, puisque c'étaient les héritiers par excellence aux yeux du droit romain.

Passons du Languedoc à la Guienne. Nous y trouverons encore pour premier fond le droit romain, mais plus mélangé des usages qui formaient le droit des pays coutumiers. On en remarque particulièrement qui se rapprochent des usages normands. La chose s'explique aisément, puisque la Guienne et la Normandie furent réunies sous l'autorité de ces puissants feudataires qui possédaient une grande partie de la France et un royaume de l'autre côté du détroit.

La Bretagne gravitait de ce côté quand elle fut rattachée à la couronne par la conquête que Philippe Auguste fit de la Normandie. Ce pays avait déjà beaucoup occupé M. Laferrière dans ses précédents volumes. Il traverse donc rapidement la Bretagne pour s'arrêter davantage en Normandie. Le droit Normand offre des particularités très-intéressantes : notamment un régime matrimonial qui réunissait pour la femme les garanties protectrices du régime dotal aux perspectives de fortune de la communauté. C'est surtout cette heureuse combinaison qui fit donner à la coutume de Normandie le nom de sage coutume. Comment s'était formé ce régime Normand qui fait contraste avec le droit de tous les pays voisins? M. Laferrière s'est posé ce problème. Il repousse avec raison l'idée que le régime dotal normand serait venu du régime dotal romain. Il en cherche le point de départ dans les usages scandinaves, et je crois que c'est encore avec raison. Mais j'aurais aimé à voir M. Laferrière suivre l'histoire du régime dotal de la Normandie dans les nombreux monuments qui nous permettent de saisir à de courts intervalles toutes les évolutions des coutumes de cette province. Il y eût trouvé la solution de difficultés que ne résout pas la brève solution donnée par lui à cette question délicate.

Le long voyage que nous venons de faire avec M. Laferrière autour de la France remplit son cinquième volume. Dans le sixième, il fait une excursion vers la Flandre et le Hainaut ; puis il concentre son étude sur les contrées où s'élabora la puissance de la maison royale qui devait reconstituer la France.

Digitized by Google

Le XIIIe siècle la vit commencer cette tâche par des actes décisifs ; Philippe Auguste par les armes, Philippe le Bel par l'astuce et la violence, saint Louis par l'autorité morale du plus beau caractère. Parmi les monuments du droit coutumier de ces contrées, il en est un auquel l'usage a attaché le nom du saint roi. Montesquieu amené dans son Esprit des lois à parler du livre appelé *Etablissements de saint Louis*, se demanda si l'œuvre répondait bien réellement à ce titre. La question avait été reprise bien des fois, sans qu'elle eût encore reçu une de ces solutions approfondies qui fixent la conviction générale. M. Laferrière l'a abordée avec prédilection ; il l'a traitée avec des développements très-étendus. Non-seulement, selon lui, le titre attaché par la tradition à ce livre ne serait point trompeur, mais on y trouverait l'expression la plus vraie, la plus pure et la plus nationale du droit coutumier de la France à cette époque. Voilà la thèse que M. Laferrière expose avec une sorte de passion pieuse pour la mémoire d'un grand prince canonisé par l'histoire aussi bien que par l'Église. Il lui en aurait coûté de voir ce rayon détaché de l'auréole qui entoure le front de saint Louis. Pour mon compte, cette grande mémoire me semble peu intéressée dans cette question : le livre appelé *Établissements de saint Louis*, n'est pas une œuvre de haute portée, je n'y vois qu'une compilation indigeste de lois romaines, de décrétales et de coutumes françaises. Ce serait un faible titre de gloire pour saint Louis d'y avoir attaché le sceau de son autorité. Mais comment aussi lui prêter la pensée de donner alors à la France un code uniforme ? C'eût été bien peu mesurer sa puissance et les suites auraient bien montré la vanité de cette tentative. Ce qui a trompé, c'est un établissement de saint Louis mis en tête. Une vue superficielle a fait étendre à tout l'ouvrage le caractère qui ne convenait qu'aux premiers chapitres. Dans tout le reste, ce n'est plus un législateur qui ordonne ou défend, mais un praticien qui expose les usages judiciaires de son pays. Ce pays est même plus d'une fois nommé, c'est l'Orléanais. L'auteur reprit deux fois la plume. Des passages du second livre prouvent que c'est une addition faite après coup par lui à son ouvrage. Dans l'intervalle avait paru la célèbre ordonnance de saint Louis sur la preuve judiciaire. L'ouvrage avait été écrit avant cette ordonnance, puisque le duel y figure comme se pratiquant encore dans la justice royale. L'auteur,

Digitized by Google

après avoir ajouté à son travail un supplément, réunit les deux compositions et mit en tête l'établissement de 1260; sans prendre le soin d'effacer de son premier livre les passages qui se trouvaient en désaccord avec ce nouveau droit. Voilà si je ne me trompe, l'histoire d'un livre qui n'a dû sa renommée qu'à une méprise. Je ne puis m'empêcher d'attribuer les idées contraires de mon honorable ami à son culte pour une grande et sainte mémoire. Ce culte a troublé l'impartialité de son jugement, mais en lui donnant l'occasion de déployer des ressources de science et d'imagination qui ne brillent nulle part plus que dans cette partie de son ouvrage.

J'aurais bien encore quelques réserves à faire relativement à une thèse non moins chère à M. Laferrière. Il est, comme on le sait, le représentant considérable du système qui attribue une grande part aux origines celtiques dans la formation de notre droit. Il a eu la satisfaction de voir M. Henri Martin adopter ses idées et en faire la base d'un grand système sur la marche de la civilisation française. Le brillant écrivain a semblé prendre à tâche de prouver le danger des thèses qui ouvrent un champ indéfini aux conjectures. M. Laferrière se montre bien plus réservé; mais non moins convaincu il croit retrouver sur son chemin, à mesure qu'il avance, de nouvelles traces du droit celtique. Sur ce point encore je ne saurais partager ses vues. Les origines celtiques m'ont toujours paru un mirage qui fascine de loin les regards, mais qui s'évanouit quand on veut le saisir.

Ces dissidences ne sauraient m'empêcher de rendre hommage à des études suivies avec tant de constance et d'éclat. On a vu quelle variété de sujets se déroule dans les deux nouveaux volumes de M. Laferrière. Il fallait de longues recherches guidées par une grande science pour en rassembler la matière, une vive imagination en même temps qu'un jugement sûr pour saisir et démêler le caractère de tant de choses si diverses, enfin un art heureux d'exposition pour les grouper et ne pas errer au hasard dans ce dédale. Aucune de ces conditions n'a manqué. Ces deux volumes sont les plus beaux, les plus considérables d'une histoire qui s'accroît en force en même temps qu'en étendue. *Vires acquirit eundo!*

L. DE VALROGER.

Digitized by Google

EXAMEN DOCTRINAL

De la Jurisprudence des Arrêts et des Auteurs

SUR LES VENTES DES MEUBLES CORPORELS OU INCORPORELS EN CAS DE BÉNÉFICE D'INVENTAIRE.

Par M. COIN-DELISLE, avocat à la Cour impériale de Paris.

SOMMAIRE.

1. Avant que de traiter cette matière, il est utile de rappeler quelques principes sur le bénéfice d'inventaire.
2. Ce qu'est le bénéfice d'inventaire. — Réglé par le droit romain. — Introduit dans le droit coutumier. — Adopté par le Code Napoléon.
3. Idées générales sur l'acceptation bénéficiaire par opposition à l'acceptation pure et simple, les faits du propriétaire absolu et les faits de pure administration.
4. Idée sommaire de ce qui est compris dans les articles 793 à 801 du Code Napoléon.
5. Texte de l'article 793. — Pourquoi l'acceptation est-elle écrite sur les registres des renonciations?
6. Texte de l'article 794.
7. En quoi consiste la fidélité et l'exactitude de l'inventaire.
8. Omissions de bonne foi.
9. Omissions faites de mauvaise foi et sciemment.
10. Absence de meubles ne dispense pas d'inventaire.
11. Sur les mots « précédée et suivie. »
12. Irrégularité d'inventaire n'entraîne pas toujours déchéance.
13. Défaut de prisée. — Omission d'inventaire, quand les droits sont d'ailleurs authentiquement constatés.
14. Omission de la réquisition du serment.
15. Représentation incomplète des personnes qui doivent être présentes.
16. Omission de formes essentielles.
17. Texte de l'article 795. — Renvoi.
18. Indication de l'objet de l'article 796.
19. Texte des articles 797, 798 et 799.
20. Différence entre les effets des délais légaux et des délais accordés par le juge.
21. Texte de l'article 800.
22. Texte de l'article 801.
23. Les actes dolosifs autres que le recel et l'omission frauduleuse n'entraînent pas déchéance. — Peuvent entraîner des dommages-intérêts.
24. Omissions calculées ne sont pas toujours de mauvaise foi.
25. Texte de l'article 802.
26. L'héritier bénéficiaire est véritable héritier et vrai propriétaire.
27. Texte des articles 803 et 804.
28. Danger de la maxime que l'héritier bénéficiaire n'est qu'un simple administrateur.

Digitized by Google

29. Caractère de son administration. Pourquoi il n'est tenu que de la faute grave.
30. Texte des articles 805 et 806.
31. Sous l'ancien droit, la vente de meubles, même celle des immeubles, n'entraînait pas toujours déchéance.
32. En est-il autrement aujourd'hui, du moins depuis le Code de procédure?
33. Texte des articles 988 et 989 du Code de procédure. — Différence légère de rédaction. — Indulgence qui en résulte.
34. Suite.
35. Distinction entre les meubles *vilis pretii* et des meubles précieux.
36. Arrêt de cassation pour le cas où la dation en payement est avantageuse.
37. Arrêt de Rouen dans le même esprit.
38. Sur la cession forcée du gage livré par le défunt.
39. La loi ne fixe pas quand la vente aura lieu, et pourquoi?
40. Garantie des créanciers dans la caution pour la valeur des meubles de la succession.
41. Malgré l'opinion commune, l'article 805 doit s'entendre même des meubles incorporels.
42. Examen de la question sous le Code civil, indépendamment du Code de procédure.
43. Examen sous le Code de procédure. — Forme systématique du livre II de la deuxième partie de ce Code.
44. Dans cette partie, le mot *mobilier* et le mot *meubles* se trouvent opposés à *immeubles*, et comprennent les meubles incorporels.
45. Opinion de Chabot, réfutée par tous les auteurs.
46. Opinion de MM. Aubry et Rau, qui ne croient pas que l'article 989 comprenne les meubles incorporels.
47. Réfutation de l'argument tiré de l'article 2279 du Code Napoléon.
48. Réfutation de l'argument tiré tant de ce que l'article 989, au Code de procédure, parle de la vente *des rentes*, que de l'avis du Conseil d'État relatif aux rentes sur l'État.
49. Solution. Le mot *meubles* est absolu, tant dans l'article 805 du Code civil que dans l'article 989 du Code de procédure. — Autres objections.
50. Réfutation de l'objection tirée du renvoi de l'article 945 du Code de procédure au titre des saisies-exécutions.
51. Ce renvoi n'est pas blâmable, puisqu'il ne s'agissait que de déterminer quand la vente publique ne serait pas répréhensible.
52. Suite. L'article 805 du Code civil a amélioré l'ancien droit sur la publicité des ventes.
53. Suite. Le renvoi au titre *des saisies-exécutions* a amélioré à son tour la publicité prescrite par l'article 805 C. Nap.
54. Examen de l'objection tirée de ce que l'article 945 C. proc. ne vise que l'article 826 du Code Napoléon. — Réponse par l'exéquation complète entre toutes les ventes de mobilier de succession résultant du plan du livre II *des Procédures relatives à une Succession.*

Nos Examens doctrinaux ne doivent pas être toujours une polémique sur la doctrine des arrêts; ils ne doivent pas toujours

Digitized by Google

UNIV. OF MICH. LAW LIBRARY

s'arrêter à des questions particulières. Celui-ci a surtout pour objet de faire ressortir l'humanité de jurisprudence des Cours supérieures dans une matière délicate, l'influence de la vente de meubles sur le bénéfice d'inventaire. En cette matière, les auteurs sont rigoureux, pointilleux même, et portés à voir une déchéance ruineuse dans une vétille; les tribunaux de première instance, moins minutieux que les auteurs, sont cependant plus portés à la sévérité que les Cours impériales et que la Cour de cassation. Quels sont les enseignements qui naissent de leurs arrêts? Jusqu'où doit-on porter l'indulgence? N'y a-t-il pas une foule de cas où la faute n'est point imputable à l'héritier? N'y en a-t-il pas où les dommages-intérêts des créanciers sont une sanction suffisante? Tout cela ne peut pas être renfermé dans une formule brève et saisissante. Nous ne suivrons donc pas ici notre marche ordinaire : nous présenterons et des vues d'ensemble et des vues de détail; nous examinerons les législations qui se sont succédé, et nous suivrons l'application des principes dans une série d'espèces pratiques, afin de bien faire saisir jusqu'où peut aller l'indulgence judiciaire, sans contrevenir à la loi.

1. La question de savoir dans quel cas les héritiers bénéficiaires sont tenus d'observer les formalités judiciaires pour les ventes de biens meubles de diverses natures; dans quels cas ils sont ou peuvent être dégagés de ces formalités, ou du moins excusables de ne les avoir pas remplies, est une question complexe, et qui souvent devient ardue, parce qu'elle dépend du discernement à faire de l'étendue du pouvoir que la loi a voulu conférer à l'héritier bénéficiaire sur les biens de la succession.

Il nous sera donc permis, avant que d'entrer dans notre question principale et dans le détail des questions accessoires, de rappeler ici les principes généraux du bénéfice d'inventaire. Pothier surtout sera notre guide dans cette analyse succincte. (*Traité des Successions, ch. III, art.* 2.)

2. Le bénéfice d'inventaire que l'empereur Justinien a accordé par la loi *Scimus*, 22, C., *De jure deliberandi*, aux héritiers, consiste pour eux à n'être point tenus, sur leurs propres biens, des dettes de la succession qu'ils recueillent et à ne point faire confusion des droits qu'ils pourraient avoir contre la succession, sous la charge principale de faire un fidèle et exact

Digitized by Google

inventaire de toutes les choses dont la succession est composée. Il a toujours subsisté en pays de droit écrit.

On l'a trouvé si favorable qu'il a passé dans les pays coutumiers, au moyen de lettres royaux pour dispenser l'héritier de la rigueur de la loi primitive qui faisait de lui la continuation passive de la personne du défunt ; et l'exception se faisait souvent au moyen d'un article formel de la coutume ou loi municipale, auquel cas il n'était nul besoin de lettres de chancellerie, puisque la coutume était approuvée par le Roi.

Le Code civil l'a admis, liv. III, tit. 1, chap. 5, sect. 3, *Du Bénéfice d'inventaire et de ses effets, et des Obligations de l'héritier bénéficiaire, art.* 793 *à* 810, et le Code de procédure a complété sur ce point le Code civil.

3. Auparavant et par l'art. 774, *section* 1re *du chapitre* 5. (*De l'Acceptation*), le Code civil avait dit qu'une succession peut être acceptée purement et simplement ou sous bénéfice d'inventaire, et indiqué quels étaient les faits d'acceptation expresse ou tacite qui supposaient une acceptation pure et simple (art. 778 et 780); en même temps, il faisait des distinctions nécessaires pour qu'on ne confondît pas les actes que l'héritier peut faire avant que de se déterminer à l'un ou à l'autre mode d'acceptation. L'art. 778 voit une acceptation pure et simple, quoique tacite, quand l'héritier fait un acte qui *suppose nécessairement* son intention d'accepter et *qu'il n'aurait droit de faire qu'en sa qualité d'héritier ;* et par conséquent, il ne voit point d'acceptation dans tous les actes exercés sur les biens du défunt, mais faits légitimement en une autre qualité que celle d'héritier : par exemple, si l'héritier est en même temps exécuteur testamentaire du défunt avec saisine, et qu'il exige ce qui est dû par les débiteurs de la succession, sans prendre la qualité d'héritier dans les quittances ou dans les poursuites, ce ne sera pas un obstacle à ce qu'il accepte plus tard sous bénéfice d'inventaire, parce que la quittance a pu être donnée ou les poursuites dirigées en une autre qualité que celle d'héritier. (Pothier, *art.* 1er.)

Et dans l'art. 779, le Code a soin de caractériser les actes que l'héritier peut faire, en sa qualité d'héritier présomptif, et qui ne seront un obstacle ni à la renonciation ni à l'acceptation sous bénéfice d'inventaire, pourvu que, pendant cet état d'expectative, l'habile à se porter héritier ne prenne point dans

Digitized by Google

les actes le titre ni la qualité d'héritier : « Les actes *purement* » *conservatoires, de surveillance et* d'*administration provisoire* » ne sont pas des actes d'adition d'hérédité, si l'on n'y a pris » le titre ou la qualité d'héritier. »

Aussi Pothier disait-il « *ch. III, art.* 1, § 1er, « que si l'héritier appréhende les biens de la succession, non pour en user et disposer comme maître, mais *seulement* pour les conserver, il ne fait point acte d'héritier ; car, quoiqu'il n'ait pas droit ni qualité comme simplement appelé à la succession de disposer des effets de la succession, il a au moins le droit de veiller à leur conservation par l'intérêt qu'il y a, tant qu'il n'est point décidé sur le parti qu'il prendra. C'est pourquoi, si un héritier présomptif prend les clefs du défunt, s'empare des titres, quoique avant l'inventaire, il n'est point réputé faire acte d'héritier, même quand il aurait mis quelques notes sur les papiers du défunt, comme par exemple : *Cédule à recouvrer.* Pareillement, s'il fait valoir les héritages, s'il fait des réparations urgentes..... » Nous n'allons pas plus loin dans cette citation, de peur qu'on n'en abuse, contre l'esprit même de Pothier.

4. Après avoir, dans la section 1re du chapitre V, déterminé les faits qui s'opposeraient à l'acceptation sous bénéfice d'inventaire, et ceux qui n'y font pas obstacle, le Code civil, *section* 3, *articles* 793 à 801, établit la forme de l'acceptation bénéficiaire, la nécessité de l'inventaire, les qualités qu'il doit avoir et les délais pour le faire et pour délibérer.

5. C. Nap., art. 793. « La déclaration d'un héritier qu'il entend ne prendre cette qualité que sous bénéfice d'inventaire, doit être faite au greffe du » tribunal de première instance *dans l'arrondissement duquel la succession* » *s'est ouverte :* elle doit être inscrite sur le registre destiné à recevoir les » actes de renonciation. »

Article de forme, pour que l'acceptation sous bénéfice d'inventaire puisse être toujours facilement retrouvée. — Elle doit être portée sur les registres des renonciations, parce que l'acceptation pure et simple n'est portée sur aucun registre, et que les renonciations et les acceptations sous bénéfice d'inventaire sont deux actes dont l'effet commun est d'empêcher les créanciers et les légataires de recourir sur les biens de l'héritier.

V. d'ailleurs l'article 997 du Code de procédure.

6. C. Nap., art. 794. « Cette déclaration n'a d'effet qu'autant qu'elle est » *précédée* ou *suivie* d'un inventaire fidèle et exact des biens de la succes-

Digitized by Google

» sion, dans les formes réglées par les lois sur la procédure, et dans les dé-
» lais qui seront ci-après déterminés. »

7. La fidélité et l'exactitude de l'inventaire sont *le fondement du bénéfice* accordé à l'héritier, de n'être pas tenu sur ses biens.

Il doit donc contenir la description de tous les meubles et de tous les titres de la succession (Pothier).—V. *C. proc.*, art. 943.

8. Néanmoins l'omission de quelques effets qui auraient pu échapper à la connaissance de l'héritier ne le fait pas déchoir du bénéfice.

9. Il en serait autrement si les créanciers prouvaient qu'il les a détournés et omis de mauvaise foi et contre sa connaissance (Pothier). L'ancienne jurisprudence française l'a ainsi décidé, et ne s'est pas contentée, comme Justinien, de la peine du double. Elle a regardé comme CRIMES CIVILS le recélé, ou l'omission faite sciemment et de mauvaise foi par l'héritier, et a prononcé sa déchéance du bénéfice. — Le Code Napoléon l'a suivi, *art.* 801.

10. L'inventaire est nécessaire. La notoriété publique que le défunt n'a laissé aucuns meubles n'est pas une raison qui puisse dispenser l'héritier de faire inventaire. Ainsi, lorsqu'il veut jouir du bénéfice, l'héritier doit, dans le cas ou le défunt n'en laisserait effectivement aucuns, faire un procès-verbal qui constate qu'il ne s'en est pas trouvé et qui tienne lieu d'inventaire (Pothier). C'est ce qui s'appelle *procès-verbal de carence*.

V. au surplus le titre *de l'Inventaire*, articles 941 à 944, au Code de procédure civile.

11. Les mots *précédée ou suivie* de l'article 794 appellent aussi une observation. On peut *accepter* sous bénéfice d'inventaire avant que l'inventaire soit clos ou commencé. Mais cette marche qu'on suit trop communément dans la pratique, surtout pour les mineurs, et pour éviter un double conseil de famille, a ses dangers, ne fût-ce que celui de soumettre l'héritier aux droits de mutation, qu'il ne devrait pas, s'il renonçait après examen..... La prudence veut qu'ordinairement l'acceptation bénéficiaire ne vienne qu'après avoir étudié l'état de la succession.

Pour accepter bénéficiairement avant inventaire, il faut avoir bien connu l'état des affaires du parent auquel on succède, et être bien certain que le résultat ne sera pas désastreux....; et cependant il est des circonstances où il est sage de le faire :

Digitized by Google

c'est quand l'héritier voit que les biens, qu'il n'est pas pressé de vendre, ont besoin d'une administration active, et qu'il trouve dans ses propres forces de quoi faire face aux dettes les plus pressantes et aux besoins de l'administration qui améliorera les biens. La question est donc laissée à l'arbitrage de chacun, à ses risques et périls.

12. Remarquons encore que Chabot a été trop rigoureux, quand, il dit, n° 5, sur l'article 794, que l'inobservation des formalités prescrites par l'article 943 du Code de procédure civile rendrait l'inventaire irrégulier et *ferait déchoir l'héritier* du bénéfice d'inventaire.

Le Code de procédure, avec ses formes multiples et ses minuties, n'est pas un piége légal tendu aux parties. Aucun acte de procédure ne pourra être déclaré nul si la nullité n'en est pas formellement prononcée par la loi, porte l'article 1030 de ce Code : or, l'inventaire est l'un des premiers actes de la procédure relative aux successions. Il ne pourrait donc y avoir que l'absence de *formes substantielles* à l'inventaire qui puisse l'annuler.

13. Ainsi, par exemple, le défaut de la prisée requis par l'article 943, § 3, ne l'annulerait pas, surtout lorsque peu après on aurait fait une vente publique des meubles qui en constaterait la valeur (Pothier).

Ainsi, le fils n'est pas déchu du bénéfice d'inventaire quand, au moment de la mort de sa mère mariée sous le régime dotal, cette dame n'avait d'autre mobilier qu'une somme de 60,000 fr. à elle constituée en dot, ni d'autres biens que ses droits dans une succession lors de laquelle il y avait eu inventaire : le fils ne saurait être déclaré héritier pur et simple de sa mère, tant qu'il n'est pas justifié qu'il se soit immiscé dans la succession de sa mère ni qu'il ait disposé d'une partie des biens qui la composent. (Rejet, ch. civ., 11 juin 1844. S. 44, 1, 531; *P.*, t. II, 1844, 463.)

14. Ainsi encore, une veuve qui n'avait fait dresser inventaire que le lendemain de l'expiration des trois mois, et qui avait renoncé à la communauté après l'inventaire, fut attaquée comme commune, parce que le notaire avait omis de requérir le serment dont parle l'article 943, § 8. Mais la renonciation n'en a pas moins produit son effet, parce que l'obligation d'affirmer n'est pas de l'essence de l'inventaire ; qu'on pourrait tout

Digitized by Google

au plus dans ce défaut d'affirmation trouver une présomption d'inexactitude, mais que cette présomption s'évanouissait dans la cause par le résultat d'une enquête qui ne laissait planer aucun soupçon d'infidélité ou de mauvaise foi sur la veuve, et qu'en conséquence il suffisait de la présentation d'un inventaire exact et fidèle pour faire produire à la renonciation son effet légal. (Bordeaux, 24 février 1829. S., 30, 2, 72; D., 29, 2, 297.)

15. De même la cour de Caen, dans une espèce où l'on n'attaquait pas l'inventaire comme mensonger ni frauduleux, a repoussé les demandes d'irrégularité fondées, soit sur ce qu'un notaire avait représenté des personnes qui demeuraient dans le rayon légal, mais qu'on avait de bonne foi considérées comme absentes, soit sur ce que d'autres parties avait été représentées par un porté-fort, pour leur éviter des frais de procurations régulières dans une pauvre succession. (Caen, 24 décembre 1839. S. 40, 2, 132.)

En thèse générale, ce n'est que la fraude dans la confection de l'inventaire que les tribunaux doivent punir. C'est prouvé par l'article 801, et tant qu'il n'y a qu'erreur, avec absence de mauvaise foi, un inventaire doit subsister.

16. Nous irions même plus loin. Des choses essentielles à l'acte ne nous le feraient pas toujours annuler. Toullier a dit avec raison : « Si l'inventaire était irrégulier, par exemple si le notaire avait oublié d'en signer la minute, ou s'il était incompétent (ce qui peut arriver sans que les parties s'en doutent, comme dans le cas de suspension de l'officier public), les imperfections pourraient, suivant les circonstances, n'être pas tirées à conséquence, si elles n'étaient pas du fait de l'héritier, et qu'il n'y eût de sa part ni fraude ni soustraction.

17. C. Nap., art. 795. « L'héritier a trois mois pour faire inventaire à » compter du jour de l'ouverture de la succession.

» Il a de plus, pour délibérer sur son acceptation ou sa renonciation, un » délai de quarante jours à courir du jour de l'expiration des trois mois don- » nés pour l'inventaire, ou du jour de la clôture de l'inventaire, s'il a été » terminé avant les trois mois. »

On verra par les articles 798, 799 et 800 comment les délais peuvent être augmentés.

18. C. Nap., art. 796. (Sur le mode de vente pendant les délais, par l'héritier qui ne veut pas encore prendre qualité.)

19. C. Nap., art. 797. « Pendant la durée du délai pour faire inventaire

Digitized by Google

» et délibérer, l'héritier ne peut être contraint à prendre qualité, et il ne peut » être obtenu contre lui de condamnation. — S'il renonce lorsque les délais » sont expirés ou avant, les frais par lui faits légitimement jusqu'à cette » époque sont à la charge de la succession. » — *Voir les articles* 174 *et suiv. au Code de procédure civile.*

Art. 798. « Après l'expiration des délais ci-dessus, l'héritier, en cas de » poursuites dirigées contre lui, peut demander un nouveau délai, que le » tribunal saisi de la contestation accorde ou refuse suivant les circon- » stances. »

Art. 799. « Les frais de poursuite, dans le cas de l'article précédent, sont » à la charge de la succession, si l'héritier justifie qu'il n'avait pas eu con- » naissance du décès, ou que les délais ont été insuffisants, soit à raison de » la situation, soit à raison des contestations survenues : s'il n'en justifie » pas, les frais restent à sa charge personnelle. »

20. Ainsi, il y a une grande différence relativement aux effets des délais légaux et des délais accordés par le juge. — Les délais légaux sont un temps d'immunité parfaite, et l'héritier qui use du bienfait de la loi ne doit pas supporter de frais ; mais les délais accordés par le juge permettront au juge de mettre à la charge personnelle de l'héritier, non-seulement les frais faits contre lui, mais ceux qu'il aura faits pour obtenir une prorogation de délai, s'il ne fait pas les justifications prescrites, quoique le juge lui accorde cette prorogation ; car le droit d'accepter sous bénéfice d'inventaire existe tant qu'on n'a pas fait acte d'héritier ou qu'on n'a pas subi de condamnation devenue définitive en qualité d'héritier pur et simple, comme le dit l'article suivant.

21. C. Nap., art. 800. « L'héritier conserve néanmoins, après l'expiration » des délais accordés par l'article 795, même de ceux donnés par le juge » conformément à l'article 798, la faculté de faire encore inventaire et de se » porter héritier bénéficiaire, s'il n'a pas fait d'ailleurs acte d'héritier, ou s'il » n'existe pas contre lui de jugement passé en force de chose jugée qui le » condamne en qualité d'héritier pur et simple. »

22. C. Nap., art. 801. « L'héritier qui s'est rendu *coupable* de recélé, ou » qui a omis sciemment et de mauvaise foi de comprendre dans l'inventaire » des effets de la succession, est déchu du bénéfice d'inventaire. »

23. Le mot *coupable* de cet article 801 prouve que le fait qu'il prévoit est un *crime civil*, et que la déchéance est *une peine;* de là cette conséquence que la peine de la déchéance ne peut être étendue même à des actes dolosifs qui ne constitueraient ni recelé ni omission de mauvaise foi dans l'inventaire, sauf le droit par les créanciers de réclamer des dommages-intérêts

Digitized by Google

en réparation des effets de ce dol, suivant l'étendue du préjudice causé à la masse de la succession.

Dans une affaire portée devant la Cour royale de la Guadeloupe, on demandait la déchéance du bénéfice d'inventaire contre un héritier qui s'était fait adjuger sous le nom d'autrui un immeuble de la succession et les meubles qui le garnissaient, en lui imputant d'avoir employé des manœuvres frauduleuses (sans doute pour écarter les enchérisseurs) et d'avoir combiné les conditions de la vente de manière à nuire aux créanciers, afin que l'héritier pût obtenir les biens à vil prix dans l'adjudication. La Cour de la Guadeloupe et la Cour de cassation ont toutes deux déclaré qu'on ne pouvait assimiler ces faits ni au recel ni au divertissement; qu'il n'y avait donc pas eu lieu de demander la déchéance du bénéfice d'inventaire et que le dol et les manœuvres frauduleuses, si elles existaient, ne donnaient ouverture contre l'héritier bénéficiaire qu'à des dommages-intérêts. (Rejet, 20 août 1845. S., 45, 1, 854; D., 45, 1,373; *P.*, t. II de 1845, 681.)

24. Nous avons déjà dit sur l'article 794 que l'omission d'objets qui auraient échappé à la connaissance de l'héritier n'était point une cause de déchéance. Il peut même se trouver des circonstances où une omission calculée ne soit point une omission faite de mauvaise foi. Dans l'affaire que nous venons d'indiquer, l'une des causes de la demande en déchéance était que l'inventaire ne comprenait pas la description ni l'estimation de certains biens que l'héritier avait même déclarés à l'inventaire, en disant qu'il ne les y ferait pas comprendre parce qu'ils composaient un legs fait par testament à son auteur, que celui-ci les avaient toujours respectés en regardant ces biens comme un fidéicommis dont il était chargé, et qu'en conséquence ils étaient en dehors de la succession. La Cour royale et la Cour de cassation s'arrêtèrent devant ce scrupule de conscience, et décidèrent que ce n'était pas là une omission de mauvaise foi.

25. Le Code passe maintenant aux effets du bénéfice d'inventaire, aux devoirs de l'héritier, à sa responsabilité, aux faits qui lui sont interdits et défendus.

C. Nap., art. 802. « L'effet du bénéfice d'inventaire est de donner à l'hé-
» ritier l'avantage, — 1° de n'être tenu du payement des dettes de la suc-
» cession que jusqu'à concurrence de la valeur des biens qu'il a recueillis;

Digitized by Google

» même de pouvoir se décharger du payement des dettes en abandonnant » tous les biens de la succession aux créanciers et aux légataires;

» 2° De ne pas confondre ses biens personnels avec ceux de la succes- » sion, et de conserver contre elle le droit de réclamer le payement de ses » créances. »

26. Ici, la doctrine de Pothier est la base du Code civil : « L'acceptation sous bénéfice d'inventaire NE DIFFÈRE de l'ac- » ceptation pure et simple, qu'en ce qu'elle donne à l'héritier » le bénéfice de n'être point tenu des dettes de la succession » sur ses propres biens, et de ne point confondre les dettes » qu'il a contre la succession... ; au reste, *elle produit les autres* » *effets que produit l'acceptation pure et simple.*

» ... Il est VRAI HÉRITIER, VRAI PROPRIÉTAIRE des biens de la » succession. »

Le Code nous paraît aussi absolu que Pothier sur la question de savoir si l'acceptation bénéficiaire *ne diffère* de l'acceptation pure et simple qu'en ce qu'elle accorde le bénéfice sous certaines obligations imposées à celui qui a requis le bénéfice ; car, de la méthode suivant laquelle sont placés les autres textes et de leur enchaînement, il résulte que l'héritier bénéficiaire est un vrai héritier, un vrai propriétaire : en effet, avoir dit dans la section 1re du chapitre V, intitulée *De l'Acceptation*, qu'une succession peut être acceptée ou purement et simplement ou bénéficiairement (774), c'est avoir dit que de quelque manière que le successible accepte, il n'en a pas moins, et aussi pleinement dans un cas que dans l'autre, la qualité d'héritier. Avoir placé la section 2, *De la Renonciation aux Successions* (784-792) en opposition avec la section 1re *de l'Acceptation*, laquelle section 1re a donné le choix au successible entre les deux modes d'acceptation, c'est avoir confirmé la même pensée et déclaré que l'héritier bénéficiaire profite, comme l'héritier pur et simple et au même titre, de la renonciation de ses cohéritiers (786); avoir chargé par l'article 843, l'héritier bénéficiaire du rapport envers ses cohéritiers, c'est avoir exprimé qu'à l'exception des devoirs qu'il s'impose envers les créanciers par son mode d'acceptation, l'héritier bénéficiaire est, sous tous les autres rapports, un véritable héritier, saisi de plein droit par l'art. 724, au ch. 1er du titre *des Successions* (lequel plane sur tout le titre), des biens, droits et actions du défunt, sous l'obligation d'acquitter toutes les charges de la succession, obliga-

Digitized by Google

tion modifiée seulement jusqu'à concurrence des forces de la masse des biens par l'art. 802 ; enfin l'art. 711 placé dans les *Dispositions Générales* qui dominent tout le livre III, *Des différentes Manières dont on Acquiert la Propriété*, dit que la propriété s'acquiert et se transmet par succession, d'où suit que puisque l'héritier bénéficiaire est un véritable héritier, il est *vrai propriétaire* des biens de la succession. Ainsi, le Code par l'ordre méthodique de ses divisions a adopté cette vérité que Pothier avait exprimée ; et, d'après le principe que les dérogations aux règles générales ne s'étendent pas, il faut aussi dire, sous le Code civil, que l'acceptation bénéficiaire ne diffère de l'acceptation pure et simple que dans les effets du bénéfice en tant qu'ils sont réglés par la loi, et dans la création d'obligations spéciales imposées par la loi pour l'exercice et la conservation du bénéfice ; d'où il faut conclure qu'en tout le reste, il n'y a nulle différence entre les deux classes d'héritiers.

Nous n'avons pas à nous étendre ici sur les effets généraux de notre article : car, nous ne nous occupons du bénéfice d'inventaire que relativement aux ventes mobilières : nous nous bornons à bien constater que, d'après le Code Napoléon, l'héritier bénéficiaire est vrai propriétaire, et capable de toute espèce de vente.

27. C. Nap., art. 803. « L'héritier bénéficiaire est chargé d'administrer les » biens de la succession, et doit rendre compte de son administration aux » créanciers et aux légataires.

» Il ne peut être contraint sur ses biens personnels qu'après avoir été mis » en demeure de présenter son compte, et faute d'avoir satisfait à cette obli- » gation.

» Après l'apurement de son compte, il ne peut être contraint sur ses biens » personnels que jusqu'à concurrence seulement des sommes dont il se » trouve reliquataire. »

Art. 804. « Il n'est tenu que des fautes graves dans l'administration dont » il est chargé. »

28. Nos livres ne sont pleins que de cette maxime fausse : l'héritier bénéficiaire n'est qu'un simple administrateur.

Ils en sont remplis surtout depuis l'Avis du Conseil d'État du 11 janvier 1808, qui ne lui permet de vendre *sans autorisation* que les rentes sur l'État de cinquante francs et au-dessous, sans dire de quelle autorisation il aura besoin pour transférer les rentes au-dessus de cinquante francs.

Pour le cas spécial, il faut bien se conformer à ce décret,

Digitized by Google

auquel nous reviendrons plus tard : mais la doctrine professée par le décret n'en est pas moins une doctrine erronée, en ce qu'il a conclu de l'article 803 que l'héritier bénéficiaire n'avait pas le droit de vendre ; en ce qu'il a conclu de l'article 805, que le mot *meubles* ne s'y étendait pas aux meubles incorporels ; enfin, en ce qu'il a conclu de l'ensemble de la loi que l'héritier bénéficiaire n'était qu'un administrateur comme tous les autres.

Remarquez bien que nous ne disons pas que l'Avis du Conseil d'État a eu tort d'exiger que l'héritier bénéficiaire prît une autorisation de justice pour vendre des rentes au-dessus de cinquante francs ; que nous pensons qu'il devait la prendre, même avant l'avis du Conseil d'État et que le Code de procédure suffisait pour cela. Nous convenons que la nécessité d'autorisation peut empêcher de faire une négociation à contretemps : ce n'est que le point de doctrine du décret que nous combattons et que nous devons combattre comme contraire à la doctrine générale du Code Napoléon.

29. Nous disons seulement que l'héritier bénéficiaire, étant propriétaire des biens qu'il administre, a par conséquent une administration plus libre que celle d'un tuteur, d'un mandataire, d'un syndic de faillite.

Le mandataire, le tuteur, le syndic ne sont pas propriétaires ; ils n'ont que l'administration de la chose d'autrui, et peuvent avoir besoin de surveillance quand il s'agit d'aliéner. Au contraire, l'héritier bénéficiaire est à la fois administrateur et propriétaire de sa propre chose ; la loi s'en repose sur son propre intérêt, toutes les fois qu'elle ne limite pas son pouvoir.

Il a donc, et il doit avoir, sauf les restrictions portées aux lois, une administration de propriétaire où personne ne peut s'immiscer. Il n'est tenu que de ses fautes graves, dit notre article 804, qui exclut par conséquent la rigueur de l'article 1382 du Code Napoléon. — La raison en est qu'il administre la succession dans le même esprit que ses autres biens. Écoutons Pothier (*Successions, ch. III, art.* 2, § 4), car, pourquoi redire en d'autres termes une vérité bien exprimée?

« L'héritier bénéficiaire comme administrateur doit donc » faire payer les débiteurs, interrompre les prescriptions, faire » passer de nouveaux titres, affermer les héritages, faire faire » les réparations, soutenir les procès pour raison des biens de

Digitized by Google

» la succession, tant ceux commencés du vivant du défunt que » ceux qui pourraient naître.

» On exige de lui de la bonne foi dans cette administration ; » mais on n'exige pas de lui d'autre diligence que celle dont il » est capable et qu'il a coutume d'apporter dans ses propres » affaires. C'est pourquoi il n'est tenu envers les créanciers » que de la faute grossière dans cette administration, *de latâ* » *culpâ*. En cela, l'héritier bénéficiaire est *différent des admi-* » *nistrateurs du bien d'autrui*. Ceux-ci sont tenus de la faute » légère *de levi culpâ ;* la raison est qu'ils ne doivent point » s'ingérer à l'administration du bien d'autrui *s'ils ne sont ca-* » *pables* du soin et de la diligence nécessaire pour le bien ad- » ministrer, au lieu que l'héritier bénéficiaire se trouve, pour » ainsi dire forcément, administrateur de son propre bien ; c'est » pourquoi on ne doit point exiger de lui d'autre diligence que » celle dont il est capable. » — Ce que Pothier et le Code civil entendent conformément à la raison : ils ne veulent pas dire que l'héritier ne doit apporter aucune diligence, s'il n'en est aucunement capable dans ses propres affaires. Ils supposent la diligence commune et ordinaire du père de famille ; et c'est pourquoi Pothier dit plus loin (§ 6), « que l'effet du bénéfice » d'inventaire est malgré sa qualité de vrai héritier et de vrai » propriétaire, de faire considérer l'héritier, *vis-à-vis des créan-* » *ciers* de la succession, plutôt comme un administrateur et » un séquestre (§ 7) des biens de la succession, que comme le » vrai héritier et le vrai propriétaire de ces biens. »

30. C. Nap., art. 805. « Il ne peut vendre les meubles de la succession » que par le ministère d'un officier public, aux enchères, et après les affiches » et publications accoutumées.

» S'il les représente en nature, il n'est tenu que de la dépréciation ou de » la détérioration causée par sa négligence. »

Art. 806. « Il ne peut vendre les immeubles que dans les formes pres- » crites par les lois sur la procédure ; il est tenu d'en déléguer le prix aux » créanciers hypothécaires. »

31. C'est cet article 805, qui sera le point de départ des questions principales que nous avons posées en tête de cet examen, et des questions accessoires qui en découlent. C'est aussi sur ce point que l'ancien droit ne pourra plus nous servir que de renseignements et non de guide.

Avant le Code civil, l'héritier bénéficiaire était tenu de rem-

Digitized by Google

plir certaines formalités pour vendre soit les meubles, soit les immeubles. Mais l'omission de ces formalités n'entraînait pas de plein droit la déchéance du bénéfice d'inventaire. Il est même douteux qu'en principe, ces ventes l'eussent alors entraîné.

En principe, l'héritier bénéficiaire étant vrai propriétaire, devait être libre de vendre de bonne foi et sans fraude : ce qui était bien dangereux. Quelques coutumes ont donc prescrit que l'héritier bénéficiaire ne pourrait vendre les meubles, sinon publiquement et avec affiches, comme Paris, article 344, et Orléans, article 342 ; la même coutume d'Orléans, article 343, ajoutait : « Et quant aux immeubles n'en peut faire vente, sinon en gar- » dant les solennités requises en matière de criées d'héritages. » D'autres coutumes étaient muettes. L'opinion commune était bien que les ventes de meubles par l'héritier bénéficiaire devaient se faire par le ministère d'un crieur public ou sergent, et les ventes d'immeubles après trois affiches et publications ; mais l'absence des formalités n'annulait pas toujours les ventes et ne faisaient pas déchoir nécessairement du bénéfice d'inventaire ; la vente des meubles se résolvait en dommages-intérêts si les créanciers maintenaient que les choses aliénées valaient mieux ; et l'héritier qui vendait un immeuble sans formalité s'exposait à la garantie envers les acquéreurs sur les actions hypothécaires, et à l'action paulienne de la part des créanciers, pour faire casser la vente s'ils prouvaient qu'elle était faite en fraude de leurs droits. (V. sur tout cela, *Pothier*, lieu cité, § 5 ; *Lalande*, sur Orléans, art. 342 et 343 ; *Lebrun*, Successions, liv. III, ch. 4, n° 18 ; *Merlin*, Répertoire, mot *Bénéfice d'inventaire*, nos 8 et 9.)

32. Le Code civil paraîtrait avoir suivi les errements des coutumes et de l'ancien droit : comme les coutumes de Paris et d'Orléans, il défendait de vendre meubles ou immeubles par une disposition prohibitive. « *Il ne peut vendre que* dans telles formes...., disent les articles 805 et 806. Cette prohibition avait-elle pour objet, soit d'annuler les ventes, soit de soumettre l'héritier à des dommages-intérêts, soit de le faire déchoir du bénéfice? Il n'y a rien dans la discussion qui nous éclaire sur l'intention de la loi ; et, comme sous les coutumes, il y en avait de conçues en termes prohibitifs, qui pourtant n'entraînaient pas dans l'usage la déchéance du bénéfice d'inventaire, on ne peut rien conclure de la formule NE PEUT des articles 805 et

Digitized by Google

806 du Code civil, Seulement nous devons dire qu'une partie des législateurs ont pu croire à la nullité des ventes. M. Siméon, dans son discours au nom du Tribunat devant le corps législatif, après n'avoir signalé comme cause de privation du bénéfice que l'infidélité de l'inventaire ou les recélés, ajoutait : « L'héritier bénéficiaire est un administrateur pour les créan- » ciers et légataires ; il leur doit compte ; *il ne peut rien faire* » de relatif à la succession que *de leur connaissance et dans les* » *formes* prescrites par les lois sur la procédure civile (Fenet, » t. XII, p. 237). » Chabot, sur ces deux articles, atteste que les mots « *il ne peut vendre* » avaient fait élever la question de savoir si la vente des meubles ou des immeubles de la succession sans les formalités prescrites, était valable, et si les créanciers et légataires n'avaient pas le droit d'en faire prononcer la nullité ; et, sans se prononcer d'après le Code civil même, il fait remarquer que le Code de procédure, articles 988 et 989 a ajouté que les ventes, soit d'immeubles, soit du mobilier ou des rentes, faites par l'héritier bénéficiaire autrement que suivant les formes prescrites pour ces espèces de biens, le feraient réputer héritier pur et simple : peine qui prouve qu'il a vendu comme maître, et que les acheteurs sont devenus propriétaires.

Il faut sur ce point regarder les articles 988 et 989 du Code de procédure comme loi interprétative des articles 805 et 806 du Code Napoléon, et décider que l'inobservation par l'héritier bénéficiaire des formes requises pour la vente a pour sanction *la déchéance du bénéfice d'inventaire,* comme dans le cas de vente d'immeubles sans formalités.

33. Le premier de ces articles porte : « L'héritier bénéfi- » ciaire *sera réputé héritier* pur et simple, s'il a vendu des *im-* » *meubles* sans se conformer aux règles prescrites ci-dessus ; » et le second : « S'il y a lieu de faire procéder à la vente *du mo-* » *bilier* et des rentes dépendants de la succession, la vente » sera faite suivant les formes prescrites pour les ventes de ces » sortes de biens, *à peine* contre l'héritier bénéficiaire *d'être* » *réputé héritier* pur et simple. »

La rédaction de ces deux articles offre bien peu de différence, et pourtant il en existe. On voit, à la lecture de l'article 988, que la vente purement volontaire d'un immeuble est un fait grave qui change la substance de la fortune héréditaire,

Digitized by Google

et qui rend sur-le-champ l'héritier DÉBITEUR PERSONNEL des dettes et charges de la succession envers tout créancier et tout légataire; de sorte qu'il n'est peut-être pas besoin pour le créancier ni pour le légataire de faire prononcer la déchéance du bénéfice. Il peut, s'il a en main la preuve authentique de la vente volontaire d'un domaine, exécuter sur-le-champ le bénéficiaire RÉPUTÉ héritier pur et simple, sauf à celui-ci à s'opposer aux poursuites, et à prouver qu'il n'a pas, par le fait, dérogé aux règles du bénéfice d'inventaire.

Or nous croyons qu'il en est autrement en matière de vente de meubles. L'article 989 est conçu d'une manière moins ferme, et qui indique que les tribunaux ont le droit d'examiner si la vente d'un meuble ou de quelques meubles est excusable en soi, et si l'héritier n'a pas dépassé son droit d'administration : A PEINE, porte-t-il, contre l'héritier bénéficiaire D'ÊTRE RÉPUTÉ HÉRITIER PUR ET SIMPLE.

C'est comme si la loi avait dit : Quand il y a vente purement volontaire d'immeuble, l'héritier bénéficiaire *a renoncé* volontairement au bénéfice de sa position. Le fait est assez grave et assez délibéré pour qu'on présume légalement qu'il a voulu s'obliger envers tous. Ce n'est même pas une peine que la loi prononce contre lui; elle se borne à proclamer l'effet de la volonté de l'héritier. — Au contraire, quand il s'agit de meubles, dont quelques-uns sont, pour ainsi dire, d'une valeur nulle ou insignifiante; quand il s'agit d'une matière où la vente partielle peut quelquefois n'être qu'un acte d'administration sage ou peu calculé, l'intention de renoncer au bénéfice d'inventaire n'a plus la même évidence : il devient donc nécessaire, lors de l'aliénation d'un ou de quelques meubles, qu'il se joigne au fait de la vente partielle une intention malveillante contre les créanciers pour que l'héritier subisse la déchéance; donc, la loi, en défendant d'une manière générale de procéder à la vente du mobilier, si ce n'est dans les formes prescrites pour la vente de ces sortes de biens, dira que c'est *à titre de peine* que l'héritier vendeur sera présumé devoir être tenu comme héritier pur et simple; et par conséquent, comme les tribunaux seront appelés à juger si la peine est méritée, la vente volontaire, par l'héritier bénéficiaire, de quelques meubles de la succession, ne permet pas au créancier d'exécuter *de plano* les biens personnels de l'héritier : il faudra que ce créancier

Digitized by Google

demande aux tribunaux l'exécution de la peine, et que les tribunaux examinent si d'après les faits et l'intention, l'héritier mérite d'être réputé héritier pur et simple.

34. Ainsi, tout en reconnaissant que la vente des meubles, sans formalités, peut entraîner la déchéance pour peu que les juges y reconnaissent l'intention d'agir contrairement aux droits des créanciers, il n'en est pas moins vrai que les parties agissent souvent sans conseils et de bonne foi; il n'en est pas moins vrai qu'il faudra toujours distinguer, dans les meubles, ceux qui n'ont pas de valeur réelle; dans les faits, ceux qui ont pour objet d'éviter à la succession des frais inutiles; dans les affaires, les circonstances qui ont amené l'héritier à ne pas suivre les formes.

35. La distinction entre les meubles *vilis pretii* et les meubles précieux est une distinction naturelle. On la trouve fréquemment dans l'ancien droit; on la retrouve dans l'avis du Conseil d'État qui permet à l'héritier bénéficiaire de vendre sans autorisation une rente de 50 francs.

Supposons que dans une succession bénéficiaire il ne se trouve qu'une prisée de 50 à 100 francs, ou qu'il ait été dressé un procès-verbal de carence indiquant seulement quelques meubles grossiers; l'héritier sera-t-il déchu du bénéfice d'inventaire pour avoir vendu à l'amiable ces quelques nippes, quand il offrira de tenir compte de ce qu'il en aura tiré, et qu'il aura évité une vente qui en aurait absorbé la valeur, lui qui a le droit de garder les meubles à la charge de les représenter? On n'oserait pas le dire en consultant *in futurum*; mais les tribunaux le diront en jugeant, toutes les fois que la bonne foi sera évidente.

36. Les héritiers d'Aubusson avaient payé certains créanciers en leur donnant en payement des *rentes sur particuliers* pour la valeur capitale exprimée dans les contrats de constitution. C'était là une contravention apparente à l'article 989 du Code de procédure, qui renvoie au titre de la saisie des rentes sur particuliers; mais elle n'était qu'apparente, puisqu'en trouvant la valeur intégrale de ces rentes, *il n'y avait pas lieu* à en faire une vente incertaine et coûteuse. Aussi la Cour de Riom avait-elle rejeté la demande en déchéance formée contre les héritiers, et son arrêt du 7 mai 1819 a-t-il résisté au pourvoi, « attendu que l'héritier bénéficiaire a obtenu par là un plus

Digitized by Google

» grand avantage que s'il eût fait vendre ces rentes par vente » publique; qu'ainsi il n'a point commis de contravention à » l'article 989 du Code de procédure, qui ne prescrit de forma- » lités pour la vente de ces sortes de biens que pour prévenir » les ventes qui pourraient être préjudiciables aux créanciers. » (Rejet, 27 décembre 1820. S., 21, 1, 385; *Pal.*, t. XVI, p. 270.)

37. Même doctrine dans un arrêt de Rouen, du 30 août 1828 (S., 30, 2, 127; D., 30, 2, 149; *Pal.*, t. XXII, p. 266). Il était établi, en point de fait, que la vente amiable de la moitié de deux yoles et d'une péniche, et la vente des sels dépendant de la succession, avaient eu lieu dans l'intérêt de tous, avec le plus grand avantage possible; et en même temps également établi que la vente de ces objets aux enchères publiques aurait produit des valeurs beaucoup moindres que le prix obtenu : et en droit, la Cour a professé cette doctrine « que si la déchéance du bénéfice d'inventaire peut être prononcée contre l'héritier qui dispose à son gré, et sans remplir aucune formalité, des valeurs de la succession, cette peine ne doit l'atteindre que lorsque, par cette disposition, il a porté préjudice à l'intérêt des créanciers, ou tout au plus *lorsqu'il y a doute* sur l'avantage des dispositions par lui faites; mais que tant qu'il est établi *et avoué*[1] que les actes de l'héritier n'ont couvert ni pu couvrir aucune fraude, et qu'ils ont eu pour but et *pour résultat effectif* le plus grand avantage de tous les inté-

[1] Cet arrêt de Rouen appelle quelques observations.

La première est qu'il n'en faut pas outrer la doctrine; car si on l'étendait un peu au delà, on effacerait l'article 989 et l'on reviendrait à l'ancien droit, qui, en matière de ventes de meubles, voulait que le créancier prouvât le préjudice, et n'accordait guère que la crue lorsqu'il y avait eu prisée.

La seconde, que cet arrêt est bien rendu, parce qu'il constate qu'il est non-seulement établi, mais *encore qu'il est avoué* que les actes de l'héritier ont *eu pour résultat* effectif l'avantage de tous. — Dès que le créancier faisait un pareil aveu, il ne plaidait que contre un fait qu'il reconnaissait ne lui avoir pas fait grief.

La troisième, c'est que l'arrêt a été rendu dans une espèce où l'on ne pouvait pas demander la déchéance contre l'héritier, qui était encore dans les liens de la minorité; on avait obtenu au tribunal de Dieppe la condamnation personnelle contre le tuteur; et certes les premiers juges avaient mal jugé en condamnant un tuteur à payer intégralement les créances d'une succession, parce qu'il en avait vendu quelques effets mobiliers sans formalités : il n'aurait pu devoir que des dommages-intérêts à son mineur pour avoir vendu trop bon marché.

Digitized by Google

ressés, il ne peut être prononcé de déchéance par suite des irrégularités commises dans ces actes. »

38. Enfin, il peut se trouver des circonstances où l'héritier bénéficiaire soit obligé de transmettre en payement des valeurs mobilières, en exécution d'un contrat de nantissement fait par son auteur. Si le créancier demande que ce gage lui demeure en payement et jusqu'à due concurrence, d'après une estimation faite en justice d'après l'article 2078 du Code Napoléon, le droit antérieur et absolu du créancier de requérir cette dation en payement écarte l'application de l'article 989 du Code de procédure civile, et la dation en payement n'est qu'un acte utile de l'administration de l'héritier, sans laquelle la réalisation des valeurs eût pu être indéfiniment entravée au grand détriment des intérêts auxquels cette administration devait pourvoir. (Cass. 1er juillet 1856. Dev., 1856, 1, 785.)

On voit donc que la déchéance pour vente sans les formalités requises n'est pas prononcée d'une manière aussi formelle pour les meubles par l'article 989, que par l'article 988 pour la vente des biens immeubles : néanmoins, il faut tenir pour constant que, faute de l'observation des formes prescrites à l'héritier bénéficiaire pour les ventes de meubles, il encourt presque toujours la peine d'être réputé héritier pur et simple, et que chaque espèce doit être étudiée avec soin.

39. Aucune loi ne fixe le temps dans lequel l'héritier bénéficiaire doit faire les ventes de meubles, soit qu'on prenne ces mots dans le sens étendu de l'article 585 du Code Napoléon, soit qu'on le prenne dans le sens restreint de meubles corporels. La raison en est simple. Le bénéfice d'inventaire n'est souvent qu'une précaution sage contre des éventualités inconnues, quelquefois une précaution contre des créances urgentes. Il fallait donc laisser à l'héritier propriétaire pour soi, mais, administrateur pour tous, une liberté d'action qui pût convenir à tous les cas, sauf à examiner, sur les demandes des créanciers, s'il y a eu faute grave dans la précipitation ou dans le retard que l'héritier aura apporté à la vente ou aux diverses ventes, car l'héritier n'est pas tenu de faire non plus une vente générale.

On n'hérite pas pour vendre et convertir en argent les biens du défunt; on hérite surtout pour succéder aux biens et effets héréditaires et les conserver comme siens, pour en tirer l'usage qu'ils peuvent présenter s'ils sont corporels; pour garder, s'il

Digitized by Google

nous convient, le genre de placements qu'aura faits le défunt, si les effets sont incorporels. En général, l'héritier ne commet pas de faute en conservant les meubles soit corporels, soit incorporels, qui ne sont pas par leur nature sujets à un dépérissement prochain.

40. Et c'est justement à cause de ce droit résidant en la personne de l'héritier de conserver les biens et de les administrer comme maître sans contrôle actuel, sans surveillance étrangère, et sans confondre cependant sa fortune avec la succession, que l'article 807 du Code civil porte que « l'hé-» ritier bénéficiaire est tenu, si les créanciers ou autres per-» sonnes intéressées l'exigent, de donner caution bonne et sol-» vable de la valeur du mobilier compris dans l'inventaire, et » de la portion du prix des immeubles non délégués aux créan-» ciers hypothécaires, » et qu'il ordonne que « faute par l'hé-» ritier de fournir cette caution, les meubles soient vendus et » leur prix déposé, ainsi que la portion non déléguée du prix » des immeubles, pour être employée à l'acquit des charges de » la succession. »

C'est là une disposition sévère, mais nécessaire; puisque l'héritier bénéficiaire n'est point incapable de disposer, et qu'il pourrait tout faire disparaître.

C'est la disposition la plus utile aux créanciers, et la plus négligée dans la pratique.

Elle est absolue[1]. Tout créancier, tout légataire, toute partie intéressée à la conservation des biens mobiliers a droit d'en requérir l'exécution.

Elle s'applique à l'héritier riche comme à l'héritier pauvre, à l'homme de bonne foi comme à celui dont on suspecterait la gestion personnelle.

L'héritier EST TENU de donner caution bonne et solvable dès qu'il en est requis. (V., pour les formes et délais, les articles 992, 993, 994 du Code de procédure.)

L'effet du cautionnement s'étend à la valeur du mobilier compris dans l'inventaire.

Par ces mots « valeur du mobilier, » il ne faut pas entendre seulement la prisée, mais toutes les valeurs mobilières corpo-

[1] Nous n'entendons pas par là préjuger la question relativement aux mineurs et autres incapables.

Digitized by Google

relles ou incorporelles, l'argent comptant, les créances et tous les effets publics et commerciaux décrits en l'inventaire. — On l'entendait même ainsi sous l'ancien droit coutumier. *V. l'acte de notoriété du Châtelet de Paris du 6 avril* 1753. — Ce cautionnement peut être demandé aussi en cas de vente d'immeubles, pour tout ce qui excède le payement des hypothèques prises sur le défunt : de sorte que sur leur seule demande les créanciers obtiennent sûreté de tout ce qui constitue le fonds de la succession relativement aux chirographaires.

Ainsi le système de la loi est complet.

S'il n'y a pas de créanciers actuellement connus ;

Si les créanciers connus ont confiance en l'héritier et ne lui demandent pas de caution ;

Si caution lui est demandée et qu'il l'ait fournie, l'administration de l'héritier demeurera libre, et ce sera à lui de faire vendre le mobilier.

Mais s'il refuse de donner la caution, les créanciers ont le droit de demander directement qu'il soit nommé un curateur au bénéfice d'inventaire ou un administrateur judiciaire pour opérer les ventes mobilières et faire le dépôt des prix à la caisse des consignations. La caution est imposée par la loi à l'héritier comme condition du droit d'administrer.

41. Nous venons de dire que la caution de la valeur du mobilier compris à l'inventaire s'étendait aux meubles incorporels.

De même nous dirons que l'article 805 du Code Napoléon qui défend à l'héritier bénéficiaire de vendre les *meubles* de la succession autrement que par le ministère d'un officier public, aux enchères, et après les affiches et publications accoutumées, n'a pas non plus entendu parler seulement des meubles contenus en la prisée ou meubles par leur nature ; mais même des meubles par la détermination de la loi.

Car, le Code porte cette division : « Tous les biens sont meubles ou immeubles (art. 516). Donc quand il a réglé d'une manière générale dans deux articles successifs (805 et 806) le mode de vente des deux genres de biens composant l'actif de l'universalité appelée succession bénéficiaire, il règle nécessairement dans l'un de ces articles le mode de vente permis pour tout ce que la loi appelle *immeubles*, et dans l'autre, le

Digitized by Google

mode de vente de tout ce que la loi appelle *meubles* de la succession. Donc la locution « les meubles de la succession, » employée par opposition à celle-ci : « les immeubles de la succession, » n'est pas là le mot *meubles* de l'article 533, employé seul dans les dispositions de la loi sans autre addition ou désignation, car les deux articles sont corrélatifs ; ce n'est pas non plus le mot meubles employé dans le sens de *meubles meublants* de l'article 534. Au contraire, c'est le mot générique *meubles* dans toute l'étendue que lui fixent les articles 516 et 535 : « L'expression de *biens meubles*, celle de *mobilier* et d'*effets mobiliers*, comprennent généralement tout ce qui est meublé d'après les règles établies par les chapitres I et II du titre *De la Distinction des Biens.* »

La question revient donc à celle qui a si longtemps été agitée, de savoir si les mots *effets mobiliers* dans l'article 2102 du Code Napoléon donnaient un privilége de vendeur au cédant d'une créance, d'un fonds de commerce, d'un office ou de tout autre bien incorporel, comme au vendeur d'un meuble meublant. Or, malgré une fraction puissante de jurisconsultes, à la tête de laquelle on distinguait M. Persil, une jurisprudence constante a depuis 30 ans consacré le privilége du vendeur pour les meubles incorporels, comme pour les meubles par leur nature, à cause de la définition que donne l'article 535 des mots *mobilier, biens, meubles et effets mobiliers.* (*Voir toutes les autorités réunies par P. Gilbert sur l'article* 2102, § 4.) Cette solution incontestée aurait dû être depuis longtemps transportée à la matière que nous traitons aujourd'hui.

La difficulté n'existerait donc pas, si nous n'avions que le Code civil ; c'est de ce Code combiné avec le Code de procédure que les auteurs tirent la difficulté.

42. Examinons donc d'abord la question sous le Code civil seul, puisque le titre *des Successions* est de 1803 et le Code de procédure de 1807.

Le Code civil n'est ni un Code de procédure ni un Code de compétence : cependant quelquefois il a été forcé de régler la compétence (comme il l'a fait en attribuant aux notaires les actes respectueux) ; quelquefois la procédure (comme il l'a fait dans l'article 805 en exigeant des affiches) afin de corriger promptement ce qui lui semblait ne devoir pas être plus longtemps attendu.

Digitized by Google

En prenant le mot « meubles de la succession » dans son étendue légale, il n'avait pas de compétence à régler.

Car, à cette époque, les notaires étaient certainement en possession du droit exclusif de vendre par adjudication publique toute espèce de biens meubles incorporels. C'était la conséquence nécessaire de l'authenticité attachée à leurs actes dans notre ancien droit.

Les huissiers étaient en possession (dans toute la France, excepté à Paris, où il y avait des commissaires priseurs depuis 1801) de faire les ventes publiques par suite de saisies-exécutions dans les formes prescrites par le titre 33 de l'ordonnance de 1667.

Mais pour les autres ventes publiques de meubles [corporels] par adjudication, soit après décès par autorité de justice ou volontairement (quoiqu'elles paraissent appartenir aux notaires, par cela seul qu'elles constatent une convention), il y avait concurrence par toute la France entre les notaires, les huissiers et les greffiers d'après les lois des 26 juillet 1790 et 17 septembre 1793. — A Paris seulement elles étaient attribuées aux commissaires-priseurs.

Mais une foule d'encans s'établirent pour la vente des meubles corporels, faute de lois répressives.

De là et pour réprimer ces abus, la loi du 22 pluviôse an VII ordonna « que tous objets mobiliers [corporels] ne pourront être » vendus publiquement *et par enchères* qu'en présence et par » le ministère *d'officiers publics* ayant qualité pour y procéder. »

Il n'y avait rien à régler pour les ventes aux enchères de droits incorporels, pour lesquels il n'y avait pas eu l'abus public de simples particuliers s'avisant de les mettre à l'encan.

Donc, dans cet état de législation, ces mots, « *par le minis-* » *tère d'un officier public* », de l'article 805 voulaient dire que l'héritier bénéficiaire est tenu de faire vendre par un officier public compétent, selon qu'il sera requis par la nature corporelle ou incorporelle des meubles à vendre, savoir, nécessairement par un notaire, quand il s'agira de meubles incorporels; et qu'au contraire quand il s'agira de vendre des objets mobiliers corporels, l'héritier bénéficiaire aura le choix entre le notaire, l'huissier ou le greffier de justice de paix dans toute la France, et devra à Paris recourir au ministère d'un commissaire-priseur.

Digitized by Google

43. Passons donc au Code de procédure civile. Contient-il quelque chose de contraire à notre opinion, du moins dans son système général?

Il traite de la *Procédure relative aux Succcessions* dans le livre II de la seconde partie, intitulée *Procédures diverses.*

Ce qu'il y a d'évident pour quiconque saisit l'ensemble de ce livre II, c'est que le législateur a voulu y régler entière la procédure des successions sous toutes ses faces et dans son ensemble, pour les mineurs comme pour les majeurs, depuis le décès jusqu'au règlement définitif.

Ce livre II contient donc des titres, dont nous prendrons les *rubriques* dans l'édition de 1807 qui feront mieux sentir le plan du législateur de 1806, que si l'on y ajoutait les modifications apportées à cet ordre en 1841.

Titre Ier. *De l'Apposition des Scellés après décès;*
II. *Des Oppositions au Scellé;*
III. *De la Levée du scellé;*
IV. *De l'Inventaire;*
V. *De la vente du Mobilier;*
VI. *De la vente des Biens Immeubles;*
VII. *Des Partages et Licitations;*
VIII. *Du Bénéfice d'inventaire;*
IX. *De la Renonciation à la Communauté ou à la Succession;*
X. *Du Curateur à une Succession vacante.*

Voilà un cadre complet. Quelles que soient les parties (et sauf la liberté due aux majeurs maîtres de leurs droits, qui seraient d'accord entre eux), les règles générales et la marche complète de la procédure relative aux successions, sont prescrites dans les sept premiers titres : il n'y aura donc plus dans les trois autres titres pour les héritiers bénéficiaires, pour les renonçants à communauté ou à succession, et pour le curateur à succession vacante, que des articles spéciaux et détachés; mais quant à ce qui ne sera pas écrit dans ces trois titres exceptionnels, il faudra toujours se reporter aux règles et à la marche générale posées dans les sept premiers titres, autant que la matière spéciale pourra le comporter.

44. Or, après l'inventaire au titre IV, qui doit comprendre *tout l'actif* de la succession, aussi bien l'*actif incorporel* que

Digitized by Google

les meubles corporels, viennent les titres V et VI de la vente du *mobilier* et de la vente des *biens immeubles*. Donc, ici deux raisons de texte pour comprendre les meubles incorporels sous le nom de *mobilier*. La première, est dans l'article 535 du Code Napoléon. « L'expression *mobilier* comprend *tout ce qui est censé meuble* au titre *de la Distinction des biens*. » La seconde raison de texte, c'est que dans le tableau que présente l'ensemble des *rubriques*, la vente *du mobilier* est placée par opposition à la vente des *biens immeubles*, et par conséquent que le mot *mobilier* n'est pas ici employé dans le sens des brocanteurs, mais dans le sens législatif.

C'est surtout en matière de lois sur les formes qu'il faut tenir au sens des mots et les prendre sévèrement dans l'acception que fixent les termes législatifs, car, pour exprimer des pensées abstraites, le législateur n'a pas d'autre instrument que les mots. Faussez-les, vous faussez la loi.

Ce que nous venons de dire sur les *rubriques*, nous le dirons sur les *textes* des articles 988 et 989, au titre VIII du bénéfice d'inventaire. La vente du mobilier dans l'article 989 est opposée à la vente des immeubles de l'article 988. Donc, il s'agit dans l'article 989, où le mot *mobilier* est dit par relation au mot *immeuble* de l'article précédent, du mobilier incorporel, s'il y a lieu de le vendre, aussi bien que du mobilier corporel.

L'article 989 renvoie au titre IV de la vente *du Mobilier*. Nous avons prouvé qu'au titre IV les mots « vente du mobilier » comprenaient les biens meubles incorporels ; nous avons par conséquent prouvé qu'il en était de même pour les ventes des meubles par suite du bénéfice d'inventaire.

Donc en 1806, le Code de procédure a suivi, dans le livre II de sa seconde partie, les définitions légales qu'avaient données du mot *meubles* les articles 516, 527, 528, 529 et 535 du Code Napoléon.

Et le législateur le devait, parce que le Code de procédure n'étant qu'une loi ordinatoire ou organique pour faciliter la marche des actions propres à faire décider en justice les droits qu'accordait le Code Napoléon, serait devenu une véritable confusion s'il eût parlé une langue différente.

Il devait prendre les mots dans la même acception, parce que toutes les successions et surtout les successions bénéficiaires entraînent avec elles la nécessité de vendre des droits

Digitized by Google

incorporels, tantôt la vente d'un fonds de commerce, tantôt la cession d'un long bail de lieux qu'occupait le défunt, quelquefois des marchés faits avec les fournisseurs d'un vaste établissement. Est-ce que les législateurs qui ont rédigé et débattu le Code de procédure ignoraient qu'on pouvait trouver, lors d'une succession bénéficiaire, des créances actives d'une discussion difficile et presque désespérée, qu'il vaudrait mieux vendre que de poursuivre à grands frais; des brevets d'invention, des propriétés littéraires, artistiques et musicales, des actions et intérêts dans des compagnies de finance et d'industrie, ne fût-ce que dans les compagnies des messageries et de la manufacture des glaces (qui ne se cotaient pas à la Bourse), etc., etc.? Donc, s'il n'ont pas parlé spécialement de ces sortes de meubles, c'est qu'ils les ont compris sous le mot *mobilier* de l'article 989, et que l'*officier public* devait être celui que les lois de compétence indiquaient, c'est-à-dire le notaire.

Ceci posé, passons aux opinions des auteurs.

45. M. Chabot s'est imaginé que le mot *meubles*, étant employé *seul* dans l'article, sans autre addition ni désignation, il y avait lieu d'appliquer à l'espèce de l'article 805, l'article 533 du Code Napoléon, et que l'héritier bénéficiaire pourrait vendre sans remplir aucune des formalités prescrites soit par l'article 805 du Code civil, soit par l'article 989 du Code de procédure civile, les pierreries, les dettes actives, les livres, médailles, instruments de sciences, arts et métiers, linge de corps, chevaux, armes, grains, vins, foins et autres denrées, et même ce qui fait l'objet d'un commerce.

C'est une opinion que tous les auteurs repoussent : elle est fondée peut-être sur ce que la plupart des choses comprises dans l'article 533 se vendent quelquefois mieux à des amateurs que dans des ventes publiques. C'est dommage : le système est commode, et diminuerait notablement la responsabilité administrative de l'héritier : mais c'est une erreur évidente, non-seulement parce qu'il est ordinaire que la plupart des meubles énumérés dans cet article soient vendus aux enchères; mais surtout parce qu'on ne peut pas dire que les mots » meubles de la » succession » soient seuls dans la loi : ils sont physiquement seuls dans l'article 805; mais ils y sont employés corrélativement et par opposition aux biens immeubles de l'article 806.

46. MM. Aubry et Rau (t. IV, p. 354 et 355, 1re édit.) ont re-

Digitized by Google

poussé l'erreur de Chabot; mais ils tiennent que, dans l'article 805 comme dans l'article 2279, le législateur n'a eu en vue que les meubles corporels, non les incorporels; ce qu'ils font résulter de l'addition du mot *rentes* dans l'article 989 du Code de procédure, addition inutile, selon eux, dans le cas où les autres biens incorporels du bénéfice d'inventaire devraient être vendus aux enchères; ils le font résulter encore de l'interprétation donnée à l'article 805 du Code Napoléon par l'avis du conseil d'État du 11 janvier 1808 et de ce que le Code de procédure ne trace aucune forme spéciale pour la cession et le transport des meubles incorporels autres que les ventes. — Nous avons vu avec regret qu'au milieu des excellents principes sur le bénéfice d'inventaire que contient le troisième volume *des Successions* de M. Demolombe, cet éminent professeur ait adopté l'opinion de MM. Aubry et Rau.

47. Comment des savants de ce mérite peuvent-il comparer à l'article 805 l'article 2279? — Nous disons que le mot *meubles* de l'article 805 n'est pas employé *seul* dans la loi, puisqu'il est employé corrélativement au mot *immeubles* de l'article 806; nous en disons autant de l'article 989 du Code de procédure à l'égard de l'article 988; autant enfin des rubriques primitives des titres V et VI de la *Procédure relative aux successions....* Et l'on oppose à notre doctrine que le mot « meubles » dans cette phrase : « *En fait de meubles, possession vaut titre,* » ne s'entend que des meubles corporels! — On dit vrai; mais la comparaison est vicieuse : car cette maxime se trouve au titre *des Prescriptions* après que, dans une section particulière, le législateur a traité depuis l'article 2271 de diverses prescriptions s'appliquant toutes à des créances purement mobilières; par conséquent le mot *meubles*, dans l'article 2279, est employé *seul* dans la loi, et sans corrélation au mot *immeubles;* donc la comparaison ne prouve pas; ou plutôt, elle prouve contre leur proposition.

48. « Le Code de procédure, disent-ils, ne trace aucune forme spéciale pour les cessions et transports autres que les rentes. » D'où sortirait cette conséquence si leur système était exact : Toute vente de fonds de commerce, de baux à long terme, de brevet d'invention, de droit de propriété littéraire, artistique, de créances ou autres droits incorporels peut être faite par l'héritier bénéficiaire librement et sans aucune for-

Digitized by Google

malité. La conséquence prouve et le danger et la fausseté du système.

Quand le Code de procédure serait étranger aux ventes de droits incorporels appartenant à des successions bénéficiaires, il faudrait encore repousser cette argumentation, parce que l'article 805 du Code Napoléon se suffirait à lui-même.

En effet, le Code de procédure n'est qu'une loi ordinatoire : il ne peut pas, par son silence seulement, abroger en tout ou en partie une disposition du Code Napoléon.

Dès que l'article 805 du Code Napoléon, en parlant des meubles de la succession corrélativement aux immeubles, comprend meubles corporels et incorporels, et veut que l'héritier bénéficiaire ne puisse faire la vente des uns ou des autres que par le ministère d'un officier public, après affiches et publications accoutumées, la seule prévision d'un mode particulier de vente pour les meubles corporels au Code de procédure n'aurait pour effet que de faire ajouter à l'article 805 les formalités prescrites au Code de procédure lors de la vente des meubles purement corporels. Elle n'aurait pas pour effet de déroger aux précautions prises par le Code Napoléon tant pour les meubles incorporels que pour les meubles corporels.

Donc, alors resteraient, pour la vente des *meubles corporels* à faire par l'héritier bénéficiaire, les formalités essentielles prescrites par notre article 805 : elles devraient être faites *par le ministère d'un officier public*, c'est-à-dire par un notaire, puisque eux seuls ont le droit d'authentiquer les ventes de meubles incorporels; *aux enchères*, mode de vente qui a toujours été dans les attributions des notaires; *et après les affiches et publications accoutumées*, c'est-à-dire qu'ils devront donner à ces ventes de meubles incorporels la publicité qu'il est d'usage dans le notariat de donner aux ventes par adjudication publique.

Donc, si le Code de procédure ne dit rien pour les ventes de biens incorporels, ces biens n'en doivent pas moins être vendus dans les formes prescrites par le Code Napoléon; donc l'argument est faux; donc il n'y a vraiment qu'une question : « *Les meubles de la succession* dont parle l'article 805 doivent-ils se prendre dans le sens de l'article 535 du Code Napoléon? » Et nous croyons avoir prouvé l'affirmative.

Mais le Code de procédure n'y est en rien contraire, et l'addition du mot « *rentes* » aux mots « vente du *mobilier*, » dans

Digitized by Google

l'article 989 du Code de procédure, ne prouverait pas non plus la thèse de MM. Aubry et Rau, si, dans cet article, il doit se prendre pour tous meubles vénaux, corporels ou incorporels. En effet, si les ventes publiques de meubles corporels et incorporels ne peuvent se faire par l'héritier bénéficiaire que dans la forme des *ventes du mobilier* d'une succession, organisée par les articles 942 à 951 du Code de procédure, et que la forme de la vente des rentes sur particuliers ait été organisée au même Code, articles 641 et suivants, il faudra bien nécessairement que le législateur ait dit dans l'article 989 : S'il y a lieu à faire procéder à la vente du mobilier et des rentes, la vente sera faite suivant les formes prescrites pour la vente de ces sortes de biens : c'est-à-dire suivant les articles 942 à 951, s'il s'agit de meubles corporels ou incorporels qui ne soient pas des rentes, et suivant les articles 641 et suivants, pour les rentes qui exigent un mode de vente différent. Donc l'addition des mots « *et des rentes* » ne prouve pas en elle-même que le mot « *mobilier* » soit, dans l'article 989 du Code de procédure, restreint aux meubles corporels, surtout quand l'article 535 du Code Napoléon le déclare par lui-même significatif de tout ce qui est meuble par la détermination de la loi.

Quant à l'Avis du Conseil d'État du 11 janvier 1808, il ne fait que régler une matière spéciale, celle des rentes sur l'État; et les matières spéciales font souvent exception au Code civil. En lui accordant même une force de doctrine qu'il n'a pas, on ne pourrait en rien conclure pour les autres droits incorporels.

Ainsi nous devons tenir pour certain que la défense à l'héritier de ne vendre autrement qu'aux enchères publiques s'applique à tous les biens incorporels.

49. Nous venons de dire que l'article 805 du Code Napoléon régit les ventes mobilières faites par l'héritier bénéficiaire, que les meubles vendus soient corporels ou incorporels. Nous avons même dit, n° 44, qu'il en est de même de l'article 989 du Code de procédure civile. Ce dernier point, nous l'avons prouvé par le rapport corrélatif et antithétique des deux articles 988 et 989. Cela doit suffire, puisque l'article 535 du Code Napoléon est absolu, et que le Code ordinatoire parle ici la même langue que le Code décisoire.

Cependant on peut attaquer cette doctrine par deux moyens de détail : le premier consiste à dire que l'article 945 du Code

Digitized by Google

de procédure renvoie au titre *des Saisies-Exécutions*, et que les saisies-exécutions ne s'établissant que sur les meubles purement corporels, le Code de procédure civile n'a eu en vue, dans l'article 989, que les meubles purement corporels et non les incorporels, autres que les rentes sur particuliers.

On peut ajouter que l'article 945 ne parle que des ventes faites dans le cas de l'article 826 du Code civil, auquel il renvoie expressément, et ne doit pas s'appliquer aux ventes prescrites par l'article 805 du Code civil.

Ces deux arguments sont faux.

50. Occupons-nous d'abord du premier. L'article 945 ne renvoie pas aux formes prescrites *pour* les saisies-exécutions : il renvoie aux formes prescrites *pour vendre* les biens meubles saisis-exécutés; et dès qu'on admet que pour le payement des dettes exigibles d'une succession bénéficiaire *il peut y avoir lieu*, en certains cas, *de vendre* tous les biens meubles, corporels ou incorporels, et d'un autre côté, que *mobilier* est dit ici par opposition à *immeuble* dans le sens de l'article 535 du Code Napoléon, il n'y a rien que de raisonnable à dire que *s'il y a lieu* de vendre même le mobilier incorporel d'une succession bénéficiaire, la loi n'exige pour les formalités nécessaires de cette vente que les mêmes formalités qu'elle a exigées au titre des saisies-exécutions, non *pour la saisie*, mais *pour la vente* des meubles corporels qui ont été exécutés, en modifiant cependant ces formalités par le titre *de la Vente du mobilier* d'une succession.

Tout ce qu'on peut tirer du renvoi aux formalités des ventes à faire par suite de saisies-exécutions, c'est que la vente des meubles incorporels sera annoncée au moins un jour avant celui de la vente, par quatre placards affichés et par la voie des journaux, dans les villes où il y en a (C. de pr., 617); que les placards indiqueront les lieu, jour et heure de la vente et la nature des objets *sans détail particulier* (art. 18), mots qui n'ont d'autre portée que d'empêcher les détails inutiles, mais qui, en matière de biens incorporels, ne font point obstacle à ce qu'on désigne spécifiquement chaque objet incorporel qui devra être vendu; que l'apposition des affiches sera constatée par exploit, auquel sera annexé un exemplaire du placard (art. 619), et que l'adjudication sera faite au plus offrant, en payant comptant (art. 624)..... Voilà bien tout ce que contient le titre des saisies-exécutions sur les formalités des ventes : or il n'y a rien

Digitized by Google

dans tout cela qui ne puisse parfaitement concorder avec les ventes de meubles incorporels. On ne peut donc pas conclure du renvoi de l'article 945 aux formalités prescrites pour la vente des meubles par suite de saisies-exécutions, que les articles 945 et suivants et l'article 989 du Code de procédure n'ont point en vue les meubles incorporels.

51. On objectera que c'est trop simple; que souvent les droits incorporels ont une valeur trop importante pour les vendre judiciairement sur *quatre* ou *cinq* affiches et une insertion dans les journaux; et que ce n'est pas sur une si faible publicité que d'importantes valeurs peuvent être vendues.

Mais on répond : 1° que l'article 618 n'est pas limitatif du nombre des placards. Il en exige quatre *au moins*. Il est énonciatif de la publicité, sans laquelle la vente pourrait être attaquée; 2° que rien n'empêche, quand les droits incorporels à vendre par l'héritier bénéficiaire s'élèvent au-dessus de la valeur de 300 francs, de répéter trois fois, dans le mois qui précède la vente, l'apposition des affiches et l'insertion de l'annonce dans un journal, par une analogie naturelle de ce qu'ordonnent les articles 620 et 621 pour les meubles précieux; et dans ce cas, le dépôt des titres chez le notaire chargé de vendre et l'offre faite au public, par les affiches et annonces, de renseignements avant la vente chez ce notaire remplace avantageusement toutes les expositions; 3° que, dans le cas de vente de biens meubles incorporels d'une succession, c'est toujours le propriétaire qui fait vendre, et de son côté, le propriétaire est intéressé à ce que la vente s'élève le plus haut possible; que d'un autre côté, le notaire a le même devoir et le même intérêt, et qu'on peut s'en fier à lui sur le développement de publicité relative à chaque affaire.

En un mot, qu'a voulu la loi? Fixer à quelles conditions la vente des meubles corporels, et des meubles incorporels autres que les rentes, *serait irrépréhensible* dans le cas du bénéfice d'inventaire : on en trouve les moyens, et des moyens suffisants, dans les articles 617, 618, 619, 620 et 621 du titre *des Saisies-Exécutions*, auxquels renvoie l'article 945 du titre *de la Vente du mobilier*. Pourquoi, après plus de cinquante ans de promulgation et d'exécution, ne pas obéir à une loi claire et sage dans ses dispositions?

52. Disons plus. L'article 805 du Code civil a amélioré l'an-

Digitized by Google

cien droit, et l'article 989 du Code de procédure a amélioré l'article 805 du Code civil.

Les moyens de publicité varient selon les temps; ils dépendent des habitudes et du degré d'instruction des populations. L'ordonnance de 1667 n'a même point ordonné les affiches pour les ventes de meubles saisis. La publicité résultait de la vente sur le marché public, et c'était au saisi à faire trouver enchérisseurs au jour et heure de la vente sur la signification qui lui en était faite par l'huissier. Bien qu'en certains lieux il y avait des règlements qui prescrivaient des affiches pour les ventes, il n'y en avait pas partout. M. Merlin, au mot *Affiches*, n° 1er, dans son *Répertoire*, ainsi que dans des conclusions devant la Cour de cassation, rapportées en ses *Questions de droit*, mot *Absent*, § 3, fait remarquer qu'en divers lieux, spécialement en Berri, il n'y avait pas de règlement qui ordonnât l'apposition d'affiches pour *la vente* autorisée par avis de parents *d'immeubles* appartenant à un mineur. La loi générale sur les ventes des meubles corporels du 22 pluviôse an VII n'étant point une loi de procédure, mais une loi de police, n'a pas dû s'occuper des affiches, en sorte que le Code Napoléon est *la première loi générale* qui ait ordonné l'apposition d'affiches pour la vente des meubles de la succession bénéficiaire (art. 805), pour la vente des meubles dont l'habile à succéder craint le dépérissement (art. 796), pour la vente des meubles du mineur (art. 452) et pour la vente de ses immeubles (art. 459) après conseil de famille.

53. L'article 805 du Code Napoléon est donc une grande amélioration apportée à l'ancien droit, puisqu'il a ordonné pour toute la France et sans distinction de l'espèce ou de la nature des meubles d'une succession bénéficiaire, qu'ils fussent vendus « *après les affiches et publications accoutumées*, » ce qui amenait la nécessité des affiches dans tous les lieux, et le maintien des règlements et des habitudes locales de publication, en attendant le Code de procédure; et ce Code, à son tour, a amélioré l'article 805, même pour la vente des meubles incorporels, en ordonnant par ses renvois rétrogrades de l'article 989 à l'article 945 et de l'article 945 aux articles 617, 618, 619, 620, 621 et 624 qu'il y aurait un *minimum* du nombre d'affiches qu'on serait libre de dépasser; un certain nombre de publications, si les meubles étaient précieux; un intervalle plus long, dans ce même cas, entre les publications et la vente; en déter-

Digitized by Google

minant ce qui constituerait la substance des placards, sans prononcer de nullité pour les trop grands détails, et en commandant que l'apposition des affiches serait constatée par exploit et qu'une affiche y fût annexée.

Ainsi, il est démontré que les formes prescrites au titre des saisies-exécutions pour la vente des biens meubles corporels et pour la publicité de cette vente, sont suffisantes pour la vente des biens incorporels d'une succession bénéficiaire ; qu'ainsi, sous ce rapport, l'article 945 du Code de procédure concorde avec notre doctrine.

54. On conteste encore cette concordance par un second moyen, en disant que l'article 945 n'a en vue que le cas où la vente est faite en exécution de l'article 826 du Code civil, et que son texte le prouve.

Nous répondons que si, comme nous l'avons dit plus haut, le plan du livre II *sur les procédures relatives à l'ouverture d'une succession* a fait des sept premiers titres une loi générale et d'ensemble sur les successions, quelles que soient les qualités des parties, et que les trois derniers titres pour le *bénéfice d'inventaire*, les *renonciations* et les *curatelles* à succession vacante ne contiennent que des articles spéciaux, il faut nécessairement compléter ces derniers titres par des renvois aux sept premiers, et par conséquent, quand l'article 989 au titre VIII du bénéfice d'inventaire renvoie aux formes prescrites *pour la vente du mobilier* au titre V, et qu'au titre X le curateur à succession vacante (C. proc. art. 1000) est tenu de faire vendre les meubles selon les formalités prescrites au titre V de *la Vente du Mobilier*, ces deux renvois forment une exéquation complète du cas des ventes faites en vertu de l'article 889 et en vertu de l'article 1000 du Code de procédure, avec les ventes faites en vertu de l'article 826 du Code civil. Ainsi, le seul esprit d'ensemble du Code de procédure démontre que les ventes de meubles corporels ou incorporels à faire aux enchères soit par l'habile à succéder, soit par les héritiers maîtres de leurs droits qui ont des créanciers actuels à payer, et dont la majorité veut vendre, soit par le tuteur, l'héritier bénéficiaire, ou le curateur à succession vacante, sont toutes faites dans les formes prescrites au titre *de la Vente du mobilier*. COIN-DELISLE.

(*La suite à la prochaine livraison.*)

Digitized by Google

ÉTUDE SUR LA POSSESSION ET LES ACTIONS POSSESSOIRES.

THÉORIE DE LA POSSESSION.

Par M. L.-A. Marinier, professeur suppléant provisoire à la Faculté de droit de Strasbourg.

(*Suite*[1].)

Il y a dans cette distinction une observation exacte. Ce qui est spécial aux idées romaines, c'est le point de savoir si telle institution rentre dans les *res juris* ou dans les *causæ facti*. Ainsi nos idées actuelles se refuseraient à subordonner à l'existence d'un état de fait la continuation du lien juridique que le mariage a produit entre les personnes. Au contraire, la manière dont les lois romaines envisageaient la possession est de tous les temps et de tous les lieux.

Ainsi, en attribuant à la possession la qualité de *res facti*, les jurisconsultes de Rome ne veulent point dire qu'elle n'est point un droit. La preuve en est qu'ils appellent l'habitation tantôt *res facti*[2], tantôt droit, *jus*[3]. Les *res facti* ne sont point l'opposé des droits en général, mais seulement de ceux qui n'exigent aucune relation de fait pour leur continuation. Il faut donc se garder de traduire les mots *res facti* et *res juris* par ceux-ci : état de fait, état juridique. Ce serait dénaturer complétement les idées romaines : ainsi le mariage, *causa facti*, était un état très-juridique dans le sens que nous attachons à ce mot. Les expressions romaines sont intraduisibles dans notre langue.

Ce point de vue, sous lequel les jurisconsultes romains envisageaient la possession, était d'une haute importance. Nous en trouvons des traces fréquentes dans les textes. Il faut y attacher les conséquences suivantes :

1° Le pupille pouvait acquérir la possession sans le concours (*auctoritas*) de son tuteur[4].

2° La femme qui ne pouvait recevoir de donation de son

[1] V. ci-dessus, p. 78.
[2] Fr. 10. 4. 5. D.
[3] J., liv. II, tit. 5, § 5.
[4] Fr. 1, § 3. 41. 2. D.

Digitized by Google

mari, pouvait cependant posséder les choses qu'elle en avait reçues à titre gratuit [1].

3° La fiction du *postliminium* ne s'appliquait pas à la possession [2];

4° L'acquisition de la propriété par un esclave qu'on possédait de bonne ou de mauvaise foi, n'était pas soumise aux mêmes règles que celle de la possession dans les mêmes circonstances [3]. Nous parlons ici de l'acquisition qui a lieu soit de la part du possesseur, soit de la part du maître de l'esclave.

5° La possession n'était point transmise à l'héritier par l'adition d'hérédité [4].

C. En troisième lieu, les jurisconsultes romains disent en parlant de la possession qu'elle est *non tantum corporis sed juris* [5], ou encore *plurimum ex jure mutuetur* [6]. Cela fait allusion aux conditions mêmes de la possession dans lesquelles rentre la situation juridique de la personne. Aussi Papinien emploie-t-il ces expressions en parlant de ceux qui sont *in potestate alienâ* : « *Qui in alienâ potestate sunt rem peculiarem tenere possunt : habere possidere non possunt; quia possessio non tantum corporis sed et juris est.* » En effet, les individus qui sont en la puissance d'autrui n'ont point de personalité juridique, et partant ne peuvent avoir d'*animus domini* dont le droit tienne compte [7]. Dans le *principium* de la même loi (49, liv. XLI, tit. 2, D.), Papinien parle de l'usufruitier et indique l'influence de la situation juridique par rapport à la possession que pourra lui acquérir l'esclave dont il a l'usufruit.

D. Les textes précédents ne mentionnent point le *jus possessionis;* ils ont tous trait à la nature intrinsèque des éléments constitutifs de la possession. Mais les jurisconsultes romains envisageaient la possession comme un droit sous le rapport des prérogatives qui peuvent y être attachées [8]; ils la reconnaissaient aussi comme susceptible de faire l'objet d'un contrat. Dans la loi 38, § 3, livre XLV, titre 1, au Digeste, Ulpien exami-

[1] Fr. 1, § 4, 41, 2. D.
[2] Fr. 19. 4. 6; fr. 23, § 1, 41. 2; fr. 15, pr. 41. 3; fr. 12, § 2. 49. 15. D.
[3] Fr. 54, § 4, 41. 1; fr. 1, § 6, 41. 2. D.
[4] Fr. 23, pr. 41. 2. D.
[5], [6] Fr. 49, pr., et § 1, 41. 2. D.
[7] Fr. 38, §§ 6, 7 et 8. 45. 1. D.
[8] Fr. 44, pr. 41. 2. D.

Digitized by Google

nant les effets de la stipulation *rem habere licere*, qui dans l'usage devait accompagner la vente, met sur la même ligne l'usufruit, l'usage et la possession. Il se demande quand la stipulation est encourue, et il répond : « *Si quis forte non de proprietate, sed de possessione nuda controversiam fecerit, vel de usufructu vel de usu*, VEL DE QUO ALIO JURE *ejus quod distractum est, palam est committi stipulationem. Habere enim non licet, ei, cui aliquid minuitur ex* JURE *quod habuit.* » Un texte aussi clair n'a pas besoin de commentaire. Il en est de même de la loi 31, § 2, livre XIX, titre 1 [1], où le mot *jus* désigne la possession du *non dominus* [2].

A l'occasion des contrats qui peuvent avoir la possession pour objet, M. de Savigny prétend qu'ils n'opèrent point une transmission de la possession juridique, mais que d'un côté ils anéantissent la possession de celui qui livre, et que de l'autre ils donnent à celui qui reçoit la faculté de détenir la chose ou de l'appréhender en son nom et de commencer ainsi une possession nouvelle, comme il aurait pu le faire, en l'absence de tout contrat, par l'occupation [3]. Quelque autorité que nous attachions aux paroles du célèbre jurisconsulte de Berlin, il nous est impossible de ne pas dire que la possession (*jus possessionis*) est véritablement transmise dans certains contrats, en ce sens que tous ses effets juridiques peuvent être invoqués par une personne du chef d'une autre. Cela a lieu dans la vente, la donation, etc. [4]; c'est ce qu'on appelle l'accession de possession. Si ce point avait pu faire quelque difficulté en matière d'usucapion chez les Romains, cela tenait à ce qu'on avait de la peine à considérer comme formant une possession unique plusieurs possessions distinctes. Mais cette question était étrangère à celle de savoir si la possession est un droit.

Tenons donc pour certain qu'en droit romain il existe un droit de possession dans le sens que nous attachons à ce mot. Si la possession est qualifiée de *res facti*, c'est uniquement au point de vue de ses *éléments constitutifs*, et non par rapport à sa *nature* et à ses *effets*.

[1] Nous ne parlons ici que de ce texte en lui-même, et non de sa conciliation avec le fr. 9, § 4, 6. 2. D.

[2] V. encore fr. 44, pr. 41. 2; fr. 2, § 38, 43. 8; fr. 5, § 1. 48. 6. D. — C. 5, au Code, liv. VII, tit. 16.

[3] Savigny, *Traité de la possession*, p. 41.

[4] Fr. 31, § 2. 19. 1; fr. 38, § 3. 45. 1. D.

Digitized by Google

9. La même question se présente dans le droit français, mais elle s'y pose sur un terrain plus libre, plus philosophique. Il importe ici de bien s'entendre sur le sens des mots.

J'appelle fait tout phénomène soit matériel, soit moral [1]; j'appelle droit une faculté d'agir ou puissance existant aux yeux de la loi dans une personne. Le droit se réalise par un fait, en sorte que ces deux notions, distinctes quant à leur nature, peuvent être entre elles dans la relation de cause à effet. Mais malgré ce rapport qui les unit, elles coexistent sans se confondre : ainsi la propriété est une possibilité d'agir sur une chose de la manière la plus absolue [2], possibilité considérée comme juste dans sa réalisation. User, jouir, constitue l'exercice de la propriété, mais non le droit lui-même.

Cela posé, si nous envisageons la possession *dans ses éléments*, nous ne dirons point qu'elle est un droit, car elle se compose de deux phénomènes, l'un physique et l'autre moral (*factum et animus*). C'est sous ce rapport que les jurisconsultes romains l'appelaient *res facti*.

Mais un fait peut être considéré d'une manière juridique en le rapprochant de la cause dont il émane. C'est ainsi que l'exercice du droit de propriété constitue un fait juridique. Sous ce second point de vue, une différence est à signaler entre la propriété et la possession. La propriété peut précéder tout fait actif de la part du propriétaire [3], et par suite les premiers actes accomplis par celui-ci sur la chose se rattacheront à un droit supérieur dont ils ne seront que la manifestation, La possession ne présente point le même caractère (au moins à son origine) : les actes du possesseur sont considérés abstraction faite de tout droit antérieur dont ils peuvent être ou non l'expression. Toutefois, si nous reconnaissons que par la suite la possession s'élève à la hauteur d'un droit, nous devons dire que les actes du possesseur auront désormais un caractère juridique. La question n'est donc point tranchée.

Mais la possession nous apparaîtra comme un droit si nous

[1] On sait qu'en philosophie on appelle phénomène la manifestation d'une substance.

[2] Sauf, bien entendu, la restriction dont il est parlé dans l'article 544 du Code Napoléon.

[3] Cela arrivera toutes les fois qu'elle sera acquise autrement que par la possession.

Digitized by Google

la considérons dans ses effets, en la distinguant des éléments qui lui servent de base. Dans notre droit français, deux situations peuvent se présenter, suivant que la possession est annale ou non.

Aux termes de l'article 23 du Code de procédure, les actions possessoires ne sont recevables que de la part de ceux qui, depuis une année au moins, étaient en possession paisible par eux ou les leurs. La possession d'une année se trouve ainsi garantie par des actions; donc elle renferme un droit, car à toute action correspond un droit qu'elle sanctionne. Tel est le raisonnement qui a été fait par M. Toullier, accepté par M. Marcadé [1], et qui nous paraît décisif.

Néanmoins, tout en reconnaissant un droit dans la possession, il faut avouer qu'il est d'une nature particulière : d'une part il est dominé par un autre droit, la propriété, en ce sens qu'il sera impuissant vis-à-vis de ce dernier manifesté par les voies légales; d'autre part il devra se vivifier par son exercice; la vigilance et l'activité seront des conditions de sa durée.

Cette manière d'envisager la possession comme un droit explique comment elle peut se transmettre d'une personne à une autre [2], les droits étant seuls susceptibles de transmission. On se rend également compte de sa persistance malgré la présence d'un tiers, pourvu que l'abstention du possesseur annal ne se prolonge pas au delà d'une année [3]. De même que le droit de propriété subsiste malgré l'usurpation d'un tiers, de même le droit de possession persévère en pareille circonstance; il n'y a de différence que quant à la durée. L'explication de ces points reconnus par la loi est la justification de notre théorie.

La possession qui n'a pas une année de durée renferme aussi quelque chose de juridique, car elle est susceptible de transmission (2235 C. Nap.). Il n'y a point là un droit proprement dit, puisqu'il n'y a pas d'action; mais il y a là le germe d'un droit. Il n'est pas rare de trouver des situations de cette nature, surtout quand le temps concourt à la formation du droit. On peut dire, sans aucune figure de langage, qu'il se constitue peu à peu.

[1] Marcadé, *Prescript.*, art. 2228, n° 4.
[2] Art. 2235 C. Nap.
[3] Art. 2243 C. Nap.

Digitized by Google

10. D'après ces notions, on voit que le droit de posséder [1], le droit de possession et la possession actuelle peuvent se trouver séparément chez plusieurs personnes. Au propriétaire appartient le droit de posséder; le possesseur annal dépouillé conserve le droit de possession; le dernier usurpateur a la possession actuelle.

11. Si la possession est un droit, nous devons nous demander dans quelle classe de droits elle doit être rangée. La question a excité les plus vifs débats sur le terrain du droit romain. Sans reproduire ici tout ce qui a été écrit sur ce sujet, nous dirons que les jurisconsultes romains rangeaient sans doute la possession parmi les *jura in re*, en donnant à ce mot le sens qu'il avait pour eux [2]. Il est vrai que ce point ne paraît pas les avoir beaucoup préoccupés, à en juger par les textes qui nous sont parvenus; cependant nous donnerons pour preuve de ce que nous avançons l'assimilation qui est faite par Ulpien [3] entre l'usufruit, l'usage et la possession, par opposition au *dominium*. Sans doute les circonstances qui accompagnent la violation de la possession peuvent engendrer des relations personnelles (c'est ce qui a lieu au cas de violence), mais il ne faut pas en conclure que la possession ne constitue pas un *jus in re*, car la violation du droit de propriété peut entraîner les mêmes résultats [4].

En droit français, nous dirons aussi que le droit de possession rentre dans la classe des droits réels. C'est un droit qui existe sans avoir pour corrélatif une obligation pesant sur une personne déterminée. L'action possessoire ne sera donnée, il est vrai, que contre l'auteur d'un trouble, mais il en est de même de la revendication, qui ne s'intente que contre le possesseur. *La réalité d'un droit se détermine d'après les éléments nécessaires à son exercice, abstraction faite de toute violation.*

12. Ces idées n'ont pas été acceptées par tous. Parmi les auteurs modernes, les uns ont nié que la possession fût un droit,

[1] Ce mot se réserve ordinairement pour désigner le droit du propriétaire, quoique M. Marcadé (art. 2228, n° 4), le fasse synonyme de droit de possession.

[2] V. n° 6.

[3] Fr. 38, § 3, 45, 1. D.

[4] Nous ne nous étendons pas ici sur la nature des interdits en droit romain; nous en parlerons ailleurs.

Digitized by Google

d'autres ont attribué à une présomption de propriété les effets qu'on rattache à la possession. M. de Savigny s'est fait le défenseur de la première opinion. Voici quelle est, en résumé, sa théorie : « La possession, dit-il, se présente tout d'abord comme » un pouvoir purement de fait sur une chose, sans avoir aucun » caractère légal. Dans cet état même elle est protégée contre » certaines violations, et c'est précisément à cause de cette pro- » tection qu'il existe des règles concernant l'acquisition et la » perte de la possession, tout comme si elle était un droit[1]. » — « Le droit de possession (*jus possessionis*), c'est-à-dire le » droit dont la possession à elle seule nous investit, consiste donc » uniquement en ce que le possesseur peut avoir recours aux » interdits, aussitôt qu'un trouble de certaine forme est apporté » à sa possession. Abstraction faite de ce trouble, la simple » possession ne donne aucun droit, ni un droit d'obligation, » ce qui va sans dire, ni un droit à la chose; car aucun acte » dirigé sur une chose ne doit être maintenu comme légal, par » cela seul que celui qui agit aurait la possession de cette » chose[2]. »

« Il s'agit maintenant, poursuit M. de Savigny, de détermi- » ner le fondement de cette protection et de cette assimilation » de la possession à un droit; ce fondement consiste dans la » liaison de cet état purement de fait avec la personne qui pos- » sède, et dont l'inviolabilité sert en même temps à le protéger » contre ces espèces de violations qui porteraient atteinte à la » personne.... Tel est le fondement des interdits possessoires[3]. »

M. de Savigny observe que le possesseur jouit de certains avantages, tels que la faculté de jouer le rôle de défendeur à l'action en revendication, celle de percevoir les fruits et d'user provisoirement de la chose. La réunion de ces avantages constitue ce qu'il appelle l'intérêt de la violence exercée, intérêt qui servira à déterminer la condamnation à prononcer contre le perturbateur.

Autant que nous avons pu saisir le système un peu subtil de M. de Savigny, il se réduit à distinguer *le développement de l'activité en lui-même*, et le *rapport* de cette manifestation de

[1] *Traité de la possession*, traduct. Beving, p. 49.

[2] *Ibid.*, p. 45.

[3] *Ibid.*, p. 49-50. — M. de Savigny enseigne que les interdits sont personnels. C'est un point que nous examinerons ailleurs.

Digitized by Google

l'individualité avec la chose. Cette relation, qui n'est autre que la possession, est purement de fait. La personne elle-même renferme seule l'élément que la loi protége.

Nous préférons dire, avec M. Blondeau, que « *le droit de possession* consiste essentiellement dans le droit d'occuper la chose tant qu'un autre individu ne prouve pas qu'elle lui appartient [1]. » Nous ne voyons pas ce qui peut s'opposer à la reconnaissance d'un pareil droit à la formule que nous lui donnons. Dès l'instant qu'on déclare que ce droit n'est point opposable à celui du propriétaire manifesté dans les voies légales [2], et qu'en outre il doit se vivifier par son exercice, toutes les exigences sont satisfaites. Où serait la violation des principes? Le droit des tiers autres que le propriétaire n'est point lésé par la création de ce droit; celui du propriétaire lui-même ne l'est pas davantage [3], en ce sens qu'il n'en souffrira qu'autant qu'il voudra se faire justice à lui-même : cas auquel il agit d'une manière illégale au moins quant à la forme [4].

La translation de la possession ne peut se concevoir qu'autant qu'elle constitue dans notre patrimoine un droit distinct de notre propre personne. Aussi M. de Savigny a-t-il été amené à soutenir qu'un pareil transport était impossible d'après la nature primitive de la possession [5].

13. M. Troplong a nié que la possession fût un droit, en prétendant que tous les effets qu'on y rattache sont la conséquence d'une présomption de propriété : « Donc, dit le célèbre commentateur, tout ce que la loi a mis dans la possession, c'est une présomption, c'est-à-dire un raisonnement; elle a placé le droit ailleurs, elle l'a mis dans la propriété [6]. »

L'idée d'une présomption de propriété résultant de la possession, se retrouve déjà dans Pothier, Domat et presque tous

[1] *Chrestomathie.*

[2] Cette restriction laisse subsister vis-à-vis du possesseur les conséquences que doivent produire ses actes s'ils constituent la violation du droit d'autrui.

[3] La violation des droits du propriétaire résulte des faits eux-mêmes, et non pas des droits de possession qu'on en fera jaillir.

[4] On est forcé de reconnaître qu'un droit naît de la possession de bonne foi (art. 549 C. Nap.); pourquoi n'en serait-il pas ainsi, avec moins d'étendue il est vrai, dans le cas de simple possession?

[5] Savigny, p. 39. — Une telle conséquence ne condamne-t-elle pas le système qui l'engendre? V. n° 8, D.

[6] *Prescription*, t. I, n° 237.

Digitized by Google

nos anciens auteurs[1]. Mais M. Troplong est allé plus loin que Pothier. L'auteur du *Traité de la possession* n'avait jamais signalé cette présomption que comme *un* des effets de la possession. M. Troplong veut en faire sa nature juridique et y rattacher toutes ses conséquences[2]. Nous croyons, au contraire, que la possession constitue un droit à part, en ce sens que par sa « vertu propre et son énergie native, » suivant les expressions de M. Troplong, elle est cause d'effets juridiques.

Pour justifier cette proposition, nous devons montrer d'abord qu'elle explique les faits dont l'opinion contraire prétend avoir seule la clef.

Le premier est l'avantage de jouer le rôle de défendeur à l'action en revendication, et de rejeter ainsi la preuve à la charge du revendiquant. — Si le possesseur jouit de cette faculté, c'est que la justice ne change la situation actuelle qu'en présence d'un droit supérieur qui a été violé. Or d'après les principes généraux, c'est à celui qui invoque ce droit à en établir l'existence. C'est pour cette raison que, tant que cette preuve n'est point faite, le possesseur reste sur la défensive, *indépendamment de la légalité ou de l'illégalité de sa situation*. En effet, s'il est sans droit de propriété sur la chose, pourquoi la loi viendrait-elle la lui enlever pour en investir une autre personne qui n'en a pas davantage, ou (ce qui revient au même) n'en justifie pas? Ainsi les jurisconsultes romains, tout en n'attachant point à la possession une présomption de propriété[3], disaient (chose bien remarquable!) : *In pari causâ, melior est causa possidentis.*

M. Troplong appuie, en second lieu, son opinion sur le principe que les choses qui peuvent s'acquérir par prescription peuvent seules donner lieu à l'action possessoire[4]. Cela tient, dit-il, à ce que, dans ces cas seulement, la présomption de propriété est possible. La vraie raison est qu'au cas qui nous occupe,

[1] Pothier, *Possession*, chap. prélim., ch. 1, art. n° 3.

[2] Ce système avait été déjà professé par M. Thibaut dans son *Droit des Pandectes*. Chez nous, on a voulu en faire l'idée mère du système possessoire et y rattacher l'annalité de la possession. Historiquement parlant, il y a du vrai dans cette opinion.

[3] Cela est incontestable et incontesté. Aucun texte du droit romain ne signale l'existence d'une présomption de propriété. V., au contraire, fr. 12, § 1. 41. 2. D; fr. 52, pr., *eod. tit.*

[4] *Prescription*, t. I, n° 237, p. 357, note 1, et n° 249.

Digitized by Google

aucune possession ne peut exister avec les caractères voulus par la loi : la nature de la chose répugne à l'*animus domini* ou à d'autres conditions de la possession. Ses éléments font défaut ; *cessante causâ, cessat effectus.*

Nous verrons, en traitant des actions possessoires, qu'il n'est point nécessaire de recourir à une présomption de propriété pour expliquer comment elles se donnent contre les tiers détenteurs autres que l'auteur de la spoliation primitive. Nous renvoyons à nos développements ultérieurs sur ce point.

Maintenant, combattons directement le système de nos adversaires. Si la possession n'était qu'une présomption de propriété, il devrait être permis de la renverser par des moyens tirés du fond du droit, aussitôt qu'elle se montre. En effet, une simple présomption ne se présente jamais qu'avec possibilité immédiate de la preuve contraire [1]. La raison qui a fait admettre cette présomption doit, pour arriver au but même vers lequel on tend, permettre de la renverser sur-le-champ par des preuves contraires. Or c'est précisément ce que la loi repousse en défendant au juge de cumuler le pétitoire avec le possessoire (art. 25 C. proc.). Donc ce qu'elle veut protéger ce n'est pas seulement la propriété ; autrement, elle prendrait un singulier moyen pour y arriver. Donc la possession constitue un droit *sui generis.*

L'un des partisans du système que nous combattons, M. Belime [2], en a tiré une conséquence pratique qui suffit pour le réfuter. Cet auteur soutient qu'un possesseur qui avouerait devant le juge de paix n'être point propriétaire, ne pourrait demander à être maintenu ou réintégré, « parce qu'il a été en possession pendant plus d'une année. » Cette solution nous semble inconciliable avec la séparation qui existe chez nous entre le possessoire et le pétitoire. Dès que la loi n'exige pas la bonne foi comme condition de la possession, comment le possesseur ne pourrait-il pas avouer une circonstance qu'il lui est permis de

[1] Il en est différemment des présomptions *juris* et *de jure*, contre lesquelles nulle preuve n'est admissible. Mais la possession, ou plutôt la présomption qui en résulte, ne peut être de cette nature, puisque l'action possessoire pourra être suivie de la revendication.

[2] Belime, *Traité du droit de possession*, n° 15. — Toutefois, il faut reconnaître que l'auteur abandonne complétement ses idées à la fin de l'ouvrage, n°s 486-488 ; 489, 3e alinéa.

Digitized by Google

connaître, à savoir la propriété de l'adversaire. C'est ici qu'apparaît le vice du système que nous combattons.

Doit-on maintenant dire, avec les anciens auteurs, que de la possession découle, comme *un* de ses effets, une présomption de propriété? Cela semble bien naturel, car on doit toujours présumer plutôt l'ordre que le désordre, l'union de la propriété et de la possession plutôt que leur séparation. Toutefois, on ne peut poser ici de présomption légale en l'absence d'un texte spécial[1]. Au reste, cette présomption serait, dans la plupart des cas, sans utilité. Nous avons expliqué sans elle certains faits qu'on voulait y rattacher; les auteurs ne signalent point les conséquences réelles qu'elle pourrait produire.

Il est inutile d'observer que quand il existe déjà une présomption légale de propriété[2], une seconde n'est point nécessaire, et qu'*à fortiori* celle qui résulterait de la possession annale, si tant est qu'on dût l'admettre, ne l'emporterait point sur celle qui constitue un véritable titre; elle ne pourrait être que provisoire.

En résumé, la présomption de propriété qui s'élève en faveur du possesseur a pu être *un des motifs* de la loi dans la *création* des actions possessoires, mais elle n'est pas le seul et ne constitue point la nature juridique de la possession.

14. Pour terminer nos développements sur la nature de la possession, nous devons parler de la controverse célèbre qui s'était élevée chez les Romains sur le point de savoir si plusieurs personnes peuvent posséder simultanément une même chose pour le tout (*in solidum*) : controverse qui a retenti jusque sous la législation actuelle, et qui se rattache intimement à la nature juridique de la possession, ainsi qu'on le verra plus bas.

On conçoit facilement l'existence d'une possession simultanée *pro diviso*, ou même *pro indiviso*, de la part de plusieurs personnes. Mais alors la chose n'est pas possédée pour le tout par chacun des possesseurs; aussi la controverse ne roulait-elle pas sur ce point.

Les jurisconsultes romains ne discutaient pas davantage la question de savoir si plusieurs personnes peuvent avoir une pos-

[1] Art. 1350 C. Nap.
[2] Art. 1402, 670 C. Nap.

Digitized by Google

session de fait *in solidum* sur la même chose. Aucune divergence ne paraît s'être élevée entre eux à ce sujet. Ils se demandaient seulement s'il existe en droit des situations où la personne qui est en contact avec la chose possède, ainsi qu'une autre qui en est éloignée.

Faisons d'abord connaître les différentes solutions que nous trouvons dans les textes : Paul nous les indique dans la loi 3, § 5, livre XLI, titre 2, au Digeste. Au commencement et à la fin de ce fragment, se trouvent exposées l'opinion de Paul et celle de Labéon, qui niaient tous deux la possibilité de plusieurs possessions *in solidum* de la même chose, quelle que fût leur nature[1]. Sabinus, au contraire, voyait dans le précaire l'existence simultanée de deux possessions, celle du concédant d'un part, celle du précariste de l'autre. Trébatius n'admettait la possibilité de deux possessions *in solidum* qu'autant que l'une était juste et l'autre injuste : deux possessions de même qualité ne pouvaient coexister pour le tout sur la même chose. Julien devait professer la même opinion, à en juger par un fragment qui a sans doute été tronqué par Tribonien[2]. L'obscurité qui peut exister sur ces opinions diverses ainsi que sur le motif qui est donné par Paul à l'appui de la sienne[3], disparaîtra tout à l'heure quand nous aurons rapproché d'autres textes de celui que nous venons de citer ; mais constatons d'abord que la théorie de Paul et de Labéon était acceptée par Celse et Ulpien, ainsi qu'on peut le voir dans la loi première, § 15, *Commodati*, au Digeste : « *Ait Celsus filius duorum quidem in solidum dominium vel possessionem esse non posse.* »

Maintenant que nous connaissons en résumé la solution de chaque jurisconsulte, il nous sera possible de saisir le but de toute controverse : elle avait trait principalement aux vices de la possession. Les jurisconsultes romains se demandaient si, au cas de violence, de clandestinité ou de précaire, la possession existait à la fois dans la personne du possesseur en contact avec

[1] C'était là un point de ressemblance avec la propriété (V. fr. 1, § 15. 13. 6); aussi Paul le signalait-il après avoir dit, dans le paragraphe précédent, que la possession peut, à la différence de la propriété, nous appartenir en vertu de causes diverses (fr. 3, § 4, 41. 2. D).

[2] Fr. 19, pr. 43. 26. D.

[3] « *Non magis enim eadem possessio apud duos esse potest, quam ut tu stare videaris in eo loco, in quo ego sto, vel in quo ego sedeo tu sedere videaris.* » Ce dernier point, ainsi présenté, pouvait-il être nié ?

Digitized by Google

la chose, et dans celle du spolié, du maître absent ou du concédant (*rogatus*).

Entrons dans quelques détails à l'égard de ces situations diverses.

A. *Violence.* Trébatius prétendait que la possession restait au spolié, c'était le *justus possessor;* l'usurpateur possédait injustement (*injuste*). Mais à quoi ce jurisconsulte voulait-il faire ainsi allusion? D'où partait-il pour arriver à ce résultat? — Il ne s'agissait point du droit qu'avait le spolié de faire réprimer la voie de fait dont il avait été victime : à cet égard il n'était pas nécessaire de feindre la possession en sa personne, puisqu'il existait un interdit *recuperandæ possessionis.* Il y a plus : cet interdit n'était accordé qu'à celui qui ne possédait pas [1]. Trébatius partait d'une autre idée. Si le spolié troublait l'usurpateur dans sa possession, celui-ci ne pouvait utilement intenter l'interdit *uti possidetis* contre lui. Le spolié triomphait dans l'interdit en opposant à son adversaire que sa possession était violente à son égard. Or, dans l'interdit *uti possidetis* triomphe celui qui possède au moment où l'interdit est rendu. Sous ce rapport Trébatius disait que le spolié possédait, et il devait sans doute tendre à lui accorder l'interdit *uti possidetis :* sous tous autres rapports la possession n'existait pas [2]. Nous allons voir à l'instant l'objection qu'Ulpien adressait à Trébatius.

B. *Clandestinité.* Trébatius aurait encore vu ici deux possessions : l'une vicieuse, celle du possesseur clandestin; l'autre juste, celle du maître absent qui ne se perdait point par l'occupation d'un tiers s'il s'agissait d'un immeuble. Ulpien niait au contraire l'existence simultanée de deux possessions. En effet, dans la loi 6, § 1, livre LXI, titre 2, au Digeste, il nous dit que si le possesseur clandestin a repoussé avec violence le maître lors de son retour, il commence à posséder violemment. Donc il ne possédait pas jusque-là ; autrement Ulpien irait contre le principe qu'il formule dans la même loi, à savoir que la possession se considère à son origine pour en déterminer le caractère : *non enim ratio obtinendæ possessionis, sed origo nanciscendæ exquirenda est.* Une possession clandestine ne pourrait donc devenir violente par la suite. Si le texte dit en parlant de l'u-

[1] Fr. 1, § 45. 43. 16. D.
[2] Fr. 5, 41. 3. D.

Digitized by Google

surpateur *videri eum clam possidere*, cela ne doit s'entendre que d'un fait matériel et non de la possession juridique.

A l'aide de ce qui précède il nous sera facile d'expliquer la loi 3 *principium* du titre *uti possidetis* [1] qui semble en opposition avec la loi 3, § 5, *De adquirenda vel amittenda possessione.* Dans ce fragment, Ulpien qui, comme nous l'avons vu, est d'une opinion contraire à celle de Trébatius [2], réfute le système de ce dernier par ses conséquences [3] : si l'interdit *uti possidetis* est intenté par le possesseur violent ou clandestin contre le spolié, celui-ci triomphera dans l'interdit (*si a me possides superior sum interdicto*), soit qu'on le considère avec Trébatius comme possédant encore, soit qu'on le regarde comme privé de la possession, mais pouvant toutefois opposer au demandeur dans l'interdit les vices de sa possession. — Si au contraire la possession a été enlevée par un tiers à l'usurpateur (*si vero non a me*), ce tiers pourra-t-il intenter utilement l'interdit *uti possidetis* contre le premier possesseur ? D'après Trébatius il ne le pourra pas, car celui-ci possède encore (*nam et tu possides et ego*) ; aucun ne triomphera. Résultat bizarre qu'Ulpien lui reproche, car suivant ce dernier jurisconsulte, la possession du second usurpateur n'étant point vicieuse à l'égard du premier possesseur, elle devrait l'emporter. C'est ici qu'apparaît la différence pratique des deux opinions, et dans les principes du droit romain celle d'Ulpien est la vraie [4].

C. *Du précaire.* Sabinus admettait une double possession ; la même doctrine était enseignée par Pomponius [5]. Dans le système de Paul et d'Ulpien, on niait que le concédant eût conservé la possession [6], mais on arrivait jusqu'à un certain point

[1] Fr. 3, pr. 43. 17.

[2] Fr. 1, § 15. 13. 6.

[3] C'est au système de ce jurisconsulte qu'il fait allusion dans le commencement de la loi. Les mots *si duo, si quis proponeret*, démontrent qu'Ulpien raisonne dans une hypothèse posée par lui comme douteuse.

[4] Dans la loi 17, pr. 41. 2, Ulpien ne dit point que le spolié possède, mais qu'il est traité *comme s'il possédait :* « perinde haberi debet ac si possideret..... » Il nous est impossible de saisir le sens de ce fragment isolé, et de savoir à quel fait le jurisconsulte fait allusion.

[5] Dans la loi 15, § 4. 43. 26. — Ailleurs (fr. 25, § 2. 41. 2. D), Pomponius semble se ranger à l'opinion d'Ulpien pour la possession clandestine.

[6] Fr. 17, § 1, *in fine*, 41. 2. D. — La loi 6, § 3, 43, 26, prévoit le cas où le concédant s'est réservé la possession sans l'accorder au précariste, ce qui pouvait avoir lieu.

Digitized by Google

au même résultat pratique au moyen de l'accession de possession [1].

Concluons donc qu'en droit romain la même chose ne peut, dans l'opinion générale des jurisconsultes, être possédée par plusieurs *in solidum*. Le caractère de toute cette controverse jette une vive lumière sur le motif donné par Paul à l'appui de sa solution [2]. Comme le débat portait sur le point de savoir si, outre la possession de fait qui appartient au possesseur en contact avec la chose, il peut en exister une autre créée par la force du droit au profit d'une seconde personne, le raisonnement de Paul ne doit pas être pris à la lettre (car ainsi entendu il ne pouvait être l'objet d'aucun doute); il revenait à ceci : plusieurs possessions de fait simultanées sont impossibles. Or une fiction ne peut se concevoir qu'autant que le fait qui en est l'objet est *susceptible* de se réaliser. Donc on ne peut admettre une possession fictive à côté d'une possession réelle. C'est en cela qu'il n'y a pas lieu de distinguer si l'une des possessions est juste et l'autre injuste, ou si toutes deux sont de même nature : *non multum interest juste quis an injuste possideat* [3].

15. En droit français nous trouvons un exemple de possessions simultanées *in solidum* dans le cas où un possesseur annal a été déjeté d'un fonds qu'il possédait : il est considéré *en droit* comme continuant à le posséder pourvu qu'il agisse pendant l'année qui suit la voie de fait (art. 2243 C. Nap.), et à côté de cette possession *fictive* se place celle de l'usurpateur. — Toutefois, entre le spolié et l'usurpateur, il y a cette différence que le spolié a le droit de possession, tandis que l'usurpateur n'a qu'une possession de fait en ce sens qu'elle s'évanouira avec la détention. Mais malgré cette infériorité il n'en possède pas moins, car au bout d'une année il aura acquis le droit de possession et en aura dépouillé le spolié. — Il est facile de voir que cet exemple se rattache intimement à la nature juridique

[1] Fr. 13, § 7. 41. 2. D. — Nous disons jusqu'à un certain point, car dans l'opinion de Paul le concédant n'aura pas l'interdit *uti possidetis* pendant la concession; il est vrai qu'il jouit d'un interdit spécial *de precario* qui est récupératoire.

[2] Fr. 3, § 5, 41. 2. D.

[3] L'interprétation que nous venons de donner de ces textes est celle qui a été proposée par Cujas (*Observ.*, liv. IX, ch. 32; liv, V, ch. 22; t. 5, p. 708; t. 8, p. 257), Merenda, Ramos, et adoptée par M. de Savigny.

Digitized by Google

de la possession et au point de vue des jurisconsultes romains.

Le point de savoir si le spolié continue de posséder ou s'il commence une possession nouvelle lors de sa rentrée dans le fonds n'est pas sans importance. Entre autres conséquences nous signalerons les deux suivantes : 1° si le spolié a continué de posséder on n'exigera pas, dans la prescription de dix ou vingt ans, qu'il soit de bonne foi au moment où il exercera son action et reprendra la chose. Si c'était là une possession nouvelle, il en serait différemment. Aussi voyons-nous qu'en droit romain cette conséquence était admise : « *Si quis bonâ fide possidens, ante usucapionem amissa possessione, cognoverit esse rem alienam, et iterum nanciscatur possessionem, non capiet usu :* QUIA INITIUM SECUNDÆ POSSESSIONIS VITIOSUM EST [1]. » — 2° Si le spolié ne possède pas, il n'aura pas droit à l'interdit *unde vi* contre un tiers qui aurait chassé l'usurpateur [2]; bien plus ce tiers aura contre lui, au cas de trouble, l'interdit *uti possidetis* [3]. Si au contraire on lui reconnaît la possession malgré l'usurpation, il faut lui donner action contre tout détenteur de la chose, car il y a eu violation de son droit dans tous les cas. Quoique cette continuation fictive de la possession soit subordonnée à l'exercice d'une action en justice (art. 2243 C. Nap.), elle n'en existe pas moins vis-à-vis de tous. C'est là une différence entre le droit romain et le droit français.

Pothier [4] range les servitudes au nombre des choses qui peuvent être possédées pour le tout par chacune des personnes qui en jouissent : il rattache cela à leur indivisibilité. Mais il s'agit alors d'une possession indivise, et non de plusieurs possessions *in solidum* séparées et contraires.

Il ne faut pas non plus citer comme faisant exception à la règle que plusieurs personnes ne peuvent posséder la même chose *in solidum*, les possessions de diverse nature qui peuvent subsister en même temps : possession précaire, possession à titre de maître; il n'y a dans ce cas qu'une seule possession juridique.

En dehors de l'exception que nous avons signalée, la règle romaine est encore vraie chez nous, parce qu'elle tient à la na-

[1] Fr. 15, § 2. 41. 3. D. — Ce texte est de Paul.
[2] Fr. 7. 43. 16. D.
[3] Fr. 3, pr. 43. 17. D.
[4] *Traité de la possession*, n° 4.

Digitized by Google

ture de la possession. C'est en vain qu'on a élevé des doutes à cet égard, en supposant que des faits de possession également anciens, également soutenus, aient été exercés de part et d'autre par les possesseurs. Dans toutes ces circonstances la possession, quoique portant sur la même chose, l'aura cependant affectée sous des rapports différents, ou sous le même rapport, mais divisément : ainsi l'un aura pu couper les premières herbes, l'autre les regains; ou bien ils auront pu tous les deux venir couper de l'herbe, enlever des mottes ou extraire du sable dans le même fonds. Dans ces cas la possession n'est pas *in solidum*, car elle n'a pas été exclusive. Aussi M. Belime, qui semble contester l'application de la maxime romaine, termine-t-il en disant : « Je ne vois donc pas ce qui s'opposerait à ce que, dans une question gisant en fait, le juge de paix reconnût que la possession appartient aux deux parties *ex æquo* et qu'il les maintînt concurremment [1]. » Soit! mais la possession *ex æquo* est tout le contraire de la possession *in solidum* [2].

IV.

16. Les divisions des différentes sortes de possessions occupent une large place dans les anciens commentateurs. Cette question de classification offrait un vaste champ à la subtilité des docteurs. Aujourd'hui on ne se préoccupe guère de ces points, sans toutefois les passer sous silence. En envisageant l'une des *circonstances qui peut accompagner accidentellement la possession*, on la divise en possession de bonne foi et possession de mauvaise foi : division importante au point de vue de l'acquisition des fruits et des impenses que le possesseur peut avoir faites sur la chose (art. 549, 550, 555 C. Nap.).

On dit encore que la possession est vicieuse ou non vicieuse, suivant qu'elle est ou non entachée de violence, de clandestinité ou de précaire. Nous reviendrons sur ce point en traitant des caractères de la possession et de son acquisition.

[1] Belime, *Traité du droit de possession*, n° 20.

[2] Au reste, M. Belime, tout en attaquant le motif donné par Paul dans la loi 3, § 5. 41. 2 (V. *supra*, n° 14, note 3), semble avoir eu pour but de prouver seulement que la possession peut appartenir à plusieurs personnes : proposition incontestable toutes les fois qu'il ne s'agit pas de la possession *in solidum*, mais fausse à l'égard de cette dernière, car elle comporte une exclusion absolue.

Digitized by Google

La division qui a le plus embarrassé les interprètes et qui se réfère aux effets différents de la possession et aux caractères qu'elle doit réunir pour les produire, est celle que le droit romain nous a transmise et qui consiste à distinguer la possession civile et la possession naturelle. Jusqu'à M. de Savigny ces expressions avaient fait le désespoir des commentateurs [1]; c'est lui qui le premier en a fixé le sens d'une manière certaine; aussi ne pouvons-nous mieux faire que de résumer sa théorie sur ce point.

Le mot *possessio*, dans sa signification primitive, désigne l'existence d'une relation extérieure accompagnée de l'*animus domini*. Si l'on rapproche de cette situation les effets juridiques que le droit civil romain y rattachait *à certaines conditions*, on obtient une possession spéciale dite *possessio civilis*. L'addition d'une épithète est nécessaire pour la caractériser. C'est cette possession qui mène à l'usucapion : seule conséquence que le droit civil romain en fasse découler. — A côté de cette possession civile subsiste la notion première de la possession dépourvue des conditions exigées par le droit civil pour l'usucapion. Elle est protégée par les interdits et prend le nom de *possessio naturalis* quand on l'oppose à la *possessio civilis*. L'antithèse établie par les deux épithètes est facile à saisir.

La possession proprement dite rentre dans le domaine du droit par les interdits auxquels elle donne lieu. Si donc on la considère en elle-même, elle sera suffisamment désignée par le mot *possessio*. Mais à côté d'elle se trouve le simple fait de la détention sans idée de maîtrise; on l'exprime par les mots *possessio naturalis*. Dans cette seconde exception, ces mots ne sont plus l'opposé de *possessio civilis*; ils ne désignent qu'un fait matériel.

M. de Savigny justifie cette interprétation par le langage général des jurisconsultes romains et par les textes de la matière [2]. Nous renvoyons aux développements qu'il donne sur ce point désormais incontestable [3].

[1] La difficulté se plaçait sur le terrain des textes du droit romain, et c'est sous ce rapport que M. de Savigny l'a complétement résolue. On peut voir dans Belime, n° 21, les opinions diverses des anciens auteurs.

[2] Fr. 1, § 1. 46. 2; fr. 3, § 15. 10. 4; fr. 26. 24. 1; fr. 1, § 9, 43. 16; fr. 1, § 4. 41. 2; fr. 16. 41. 3; fr. 10, § 1. 41. 2; fr. 7, pr. 39. 2; fr. 7, § 11. 10. 3; fr. 12, § 1, 41. 2; fr. 1, pr. 41. 2; fr. 3, § 3; fr. 24. 41. 2. D.

[3] *Traité de la possession*, traduct. Beving, p. 61 et suiv.

Digitized by Google

17. Ces dénominations de possession civile, possession naturelle ou *ad interdicta*, n'ont plus aucune signification dans notre droit, qui ne reconnaît qu'une seule espèce de possession. En effet, d'une part la possession suffit par elle seule pour prescrire (art. 2262 C. Nap.); d'autre part, la possession pour agir au possessoire est la même que celle qui mène à la prescription de la propriété. — Ce dernier point, aujourd'hui constant, a donné lieu à quelques difficultés par suite du rapprochement des articles 23 du Code de procédure et 2229 du Code Napoléon et de leur diversité de rédaction. Les conditions requises par ce dernier sont en effet plus nombreuses que celles dont il est parlé dans le premier; mais évidemment les lacunes de l'article 23 du Code de procédure doivent se combler par l'article 2229 du Code Napoléon, qui s'est plus spécialement occupé des qualités de la possession. L'article 23 du Code de procédure n'avait pour objet que de trancher la question d'annalité controversée dans l'ancien droit. La théorie de la possession est renfermée dans les articles 2228 et suivants du Code Napoléon : la preuve en est que si l'on s'en tenait à la lettre de l'article 23 du Code de procédure, on arriverait à des absurdités. Qui oserait soutenir que la publicité de la possession, sa continuité, l'absence de toute interruption et de toute équivoque ne sont point des conditions requises pour agir au possessoire? Et cependant l'article 23 est muet sur ce point. Il y a plus : quant aux deux éléments qu'il indique, possession paisible et à titre de maître, qui doute qu'on ne puisse appliquer au possessoire les articles 2230, 2231 et 2233 du Code Napoléon ? Dès lors pourquoi ne pas en dire autant de tout le chapitre? On ne conçoit pas qu'en dehors des caractères tracés par l'article 2229 la possession soit digne de faveur.

L'exposé des motifs est on ne peut plus précis à cet égard : « La possession, disait le tribun Faure, doit avoir été, durant cet intervalle (un an) continue, non interrompue, paisible, publique, non équivoque et à titre de propriétaire.... Telles sont les principales dispositions de ce titre. *Quant aux règles qui concernent la possession, c'est au Code civil qu'il faut se référer.* » (Locré, *Législat. civ.*, t. XXI).

Toutefois cette assimilation que nous établissons entre la prescription et la complainte ne doit s'entendre que des caractères intrinsèques de la possession. Il peut se faire que la pres-

Digitized by Google

cription n'ait pas commencé à courir et que cependant l'action possessoire soit recevable. C'est ce qui arrive pour les biens de mineurs et les immeubles dotaux [1]. Il est de même toutes les fois que la prescription n'est suspendue ou impossible qu'à raison de la personne du propriétaire. Dans ce cas cet obstacle ne rejaillit pas sur la possession elle-même, il en paralyse seulement un des effets; or, de là on ne peut pas conclure qu'il faille priver la possession d'un effet moins dangereux.

V.

En résumé :

18. *La possession a sa source dans le développement de l'activité de l'homme sur les choses.*

De là découlent :

1° *Ses deux éléments :* le fait et l'intention.

2° *La part pour laquelle chacun d'eux y contribue.* L'activité n'est réalisée que par le fait, mais cette réalisation opère sur la chose des modifications qui lui survivent et font subsister la possession malgré la cessation actuelle et temporaire du développement de l'activité. — L'intention doit accompagner la possession dans toute sa durée (V. ci-dessus, n° 4); c'est par elle que le possesseur entend se prévaloir des avantages attachés aux faits dont il est l'auteur. Aussi faut-il qu'à certains intervalles des faits viennent protester contre toute présomption d'abandon.

3° La définition de la possession, telle que nous l'avons donnée au n° 7, *in fine.*

19. Telle est la situation de fait que le droit civil rencontre et qu'il protége à l'aide d'un droit *sui generis* garanti par des *actions.*

Ce *droit de possession* une fois créé, la loi civile pourra, par sa toute-puissance, le faire subsister malgré l'interruption momentanée de l'état de fait qui lui sert de base, ainsi que nous l'avons vu au n° 15 ci-dessus. — C'est en ce sens seulement que dans notre droit on peut rencontrer plusieurs possessions *in solidum* de la même chose.

20. En réalité il n'existe qu'une seule espèce de possession [2],

[1] Nous reviendrons plus loin sur ce point.

[2] La possession à titre précaire dont parle la loi n'est pas une possession véritable, vu que l'un des éléments de la possession, l'*animus domini*, y fait défaut. — V. sur ce point n° 7, ci-dessus.

Digitized by Google

qui chez nous donne droit aux actions possessoires et engendre la prescription. — Mais certaines circonstances qui accompagnent accidentellement la possession et influent sur ses résultats juridiques, telles que la bonne foi, le juste titre, la violence, etc., peuvent servir de base à différentes divisions de la possession quant à ses effets légaux. L. A. MARINIER.

(*La suite à une prochaine livraison.*)

LES PRÉCURSEURS DE GROTIUS.

Par M. A. THIERCELIN, docteur en droit.

I.

Grotius passe généralement pour avoir créé la science du droit naturel. C'est à son œuvre, pense-ton, qu'il suffit de remonter pour trouver, en dehors de toute législation positive, la première explication méthodique d'un système de droit fondé sur la raison. Lui-même s'est donné cette gloire en proclamant, au début de son ouvrage, que bien peu avaient touché cette matière avant lui, et que nul ne l'avait traitée avec un ordre régulier[1]. Mais peut-être, en cherchant bien, trouvera-t-on que cette partie de la gloire de Grotius doit être partagée avec quelques écrivains dont la popularité, s'ils en eurent jamais, n'a pas duré jusqu'à nous. C'est ce que nous entreprenons d'éclaircir en tirant de la poussière où ils dorment quelques écrits devenus inconnus, mais dignes très-certainement d'une destinée meilleure.

L'éclosion d'une science qui va se constituer est toujours précédée d'une longue période d'incubation. Si l'on compare des dates, on trouvera qu'il n'a fallu guère moins d'un siècle pour

[1] Et encore, pour s'avouer des ancêtres, Grotius s'attache-t-il moins à l'objet qu'au titre qu'il lui a plu de donner à son ouvrage. Avant lui, des auteurs qu'il cite avaient traité d'une façon incomplète certains points de droit international : *la guerre*, *les légations*, etc. Mais de ses prédécesseurs dans l'étude du droit naturel, objet principal de son livre, il ne dit pas un mot. C'est de ces écrivains inconnus de Grotius, ou omis, que nous allons parler.

Digitized by Google

que le droit naturel se dégageât des entraves de la scolastique et de la théologie. En 1635, Grotius publie son *De jure belli ac pacis*; le premier essai d'un système de droit naturel, imparfait à la vérité, incomplet, indécis, et ne prouvant guère en faveur de son auteur, qu'une bonne intention, est de 1539. Ce n'est point à dire sans doute que le droit fût chose inconnue jusqu'alors. Aristote, Cicéron et les jurisconsultes romains eux-mêmes, étaient souvent remontés jusqu'au principe de toute législation; et les théologiens du moyen âge, saint Thomas en tête, avaient compris, comme nous aujourd'hui, qu'il y a autre chose dans le droit que des coutumes ou des textes. Mais les uns, errant au hasard, n'avaient pu sortir des généralités de la morale, tandis que les autres, asservis sous la doctrine théocratique, avaient dû réfréner la raison pour ne parler qu'au nom d'une autorité supérieure. C'est en 1539, pour la première fois, qu'un jurisconsulte à peu près oublié aujourd'hui, Oudendorp, frappé de la stérilité des études de droit de son temps, rebuté de la science telle qu'on l'avait faite partout encombrée de formules scholastiques et de mots [1], conçut la pensée de la simplifier, et, pour cela, essaya de poser le principe rationnel du droit en quelques pages que nous allons analyser.

Au commencement de son travail, Oudendorp sent la nécessité d'expliquer quelques mots [2]. Que peut-on entendre par droit naturel? Dans Cicéron, *natura* veut dire la raison, attendu qu'il ne connaissait pas Dieu; mais pour nous, chrétiens, la raison, dit Oudendorp, c'est la sagesse divine. La justice, c'est, pour tout le monde, la justice comme l'entend Ulpien, c'est-à-dire la volonté ferme et durable de rendre à chacun ce qui lui appartient. La loi, c'est la connaissance que nous tenons de Dieu même, d'après laquelle nous discernons ce qui est juste de ce qui ne l'est pas; et le droit, c'est ce que la loi ordonne ou défend.

Partant de ces définitions, Oudendorp fait remarquer que la

[1] Oudendorp dit des jeunes légistes de son temps : *Muti sunt in rebus seriis, in argutiis loquacissimi.*

[2] Voici le titre de l'opuscule d'Oudendorp : Εἰσαγωγή, *seu elementaria introductio ad studium juris et æquitatis, per J. Oldendorpium.* Cet opuscule se retrouve dans le recueil des œuvres complètes d'Oudendorp, imprimées à Bâle en 1569, deux ans après sa mort.

Digitized by Google

définition qu'Ulpien donne du droit naturel est fautive, quand il dit que le droit c'est ce qui est commun à l'homme et à tous les êtres animés, attendu que l'animal a seulement des instincts, des inclinations, et que c'est abuser des mots d'appeler droit naturel le prétendu droit de l'homme supposé privé de raison, puisque sans la raison il n'y a pas de droit. Il n'admet pas davantage la définition de Cicéron, qui voit le droit naturel dans la règle intérieure ordonnant ce qu'il faut faire et défendant ce qu'il faut éviter, *ratio summa insita in naturâ quæ jubet ea quæ facienda sunt, probibetque contraria*[1]. Il rejette également la définition à peu près semblable de saint Paul : *Est in gentibus conscientia factum accusans vel defendens*[2], cette idée du droit ayant le tort de confondre le droit naturel avec la loi de la conscience, avec la morale, alors qu'il est constant que les lois de la conscience ne peuvent pas avoir toutes une sanction ici-bas, et que sans une sanction au moins possible, le droit n'est pas. Mais il accepte celle du jurisconsulte Paul appliquée par Justinien au droit des gens. Pour Oudendorp, le droit naturel c'est l'ensemble des règles, des lois, des institutions civiles reconnues justes par tous les peuples, *quod apud omnes gentes peræque observatur*[3]. L'homme ayant une droite raison a une loi et par conséquent un droit; et cette droite raison étant donnée à tous, il s'ensuit naturellement que tous les hommes ont un droit égal.

L'idée vraie du droit naturel, comme le comprend Oudendorp, étant fixée, il était nécessaire d'expliquer également les autres parties de la temimologie adoptée par les jurisconsultes et leurs commentateurs. Oudendorp blâme, dans le corps du droit romain, l'emploi fréquent de cette mention : droit des gens, prise souvent pour celle de droit naturel. Cela tenait à ce que les Romains étaient trop portés à croire que tout ce qui est général est juste. A cette expression de droit des gens, Oudendorp propose de substituer celle de droit humain, *jus humanum*, empruntée à Tite-Live. De cette façon toute équivoque disparaît : on ne risquera plus de prendre comme naturel, par exemple, l'esclavage, que les jurisconsultes romains eux-mêmes déclaraient réprouvé par la raison.

[1] *De legibus*, I.
[2] *Epist. ad Rom.*, II, 14.
[3] D., *De justitiâ et jure*, l. 9.

Digitized by Google

Quant au droit civil, Oudendorp le définit avec justesse une application du droit naturel aux relations privées des citoyens; il en est une détermination, *determinatio juris naturalis.* Aussi s'éclaire-t-il du droit naturel selon l'adage de Celse : *Scire leges...* si souvent cité. Oudendorp observe que le droit civil diffère selon la constitution des États. La distinction qu'il indique à ce sujet entre les gouvernements monarchiques, aristocratiques et populaires, lesquels deviennent, par la corruption de leur principe, tyranniques, oligarchiques et démagogiques, cette distinction, disons-nous, renouvelée d'Aristote, n'est qu'un hors-d'œuvre dans l'ouvrage d'Oudendorp. Mais ce qui mérite plus d'attention, c'est cette observation très-juste, que toute législation civile, pour bien s'accommoder au caractère de la nation et à la constitution de son gouvernement, doit avoir des commencements inévitablement indécis, et que de fait elle commence toujours par des édits de préteurs et des réponses de prudents.

Après toutes ces définitions et ces préliminaires, Oudendorp devait arriver à conclure. Voici littéralement sa conclusion : « *Quid est igitur jus gentium? est multorum populorum authoritas. Quid jus civile? est unius populi jussus. Quî scies an utrumque recte sit receptum? ex normâ naturæ seu fonte. Ubi est illa norma? in corde et conscientiâ hominis a Deo insculpta. Quid si multi dissentiant circa hanc normam, nec rectè de ea judicent? accurrendum est ad tabulas divinas, ad regulas juris antiqui, in quibus est renovatum et descriptum jus vel lex naturæ tam certo testimonio ut variari non possit.* Qu'est donc le droit des gens? c'est celui qui a pour soi l'autorité de plusieurs peuples. Qu'est le droit civil? c'est le droit établi par un peuple unique. Comment savoir si ce qui est reçu dans l'un et dans l'autre est juste? par la loi naturelle. Où est cette loi? elle est écrite par Dieu dans le cœur et la conscience de l'homme. Que faire si plusieurs sont en dissentiment touchant cette règle et en jugent mal? recourir aux tables divines (au Décalogue) et aux règles du droit ancien, dans lesquelles le droit ou la loi naturelle a été renouvelé et décrit avec une telle certitude qu'il ne peut varier. » Et partant de là Oudendorp tire du Décalogue et de la loi romaine du Douze Tables toute une collection de règles, de maximes, de principes applicables aux institutions civiles; son travail contient une foule d'observations de détail

Digitized by Google

dont on pourrait encore aujourd'hui même faire son profit.

Je ne veux pas exagérer le mérite de ces vieux philosophes dont j'entreprends d'exhumer les écrits : l'Εἰσαγωγὴ d'Oudendorp n'est certainement pas un parfait chef-d'œuvre; il s'y trouve trop de lacunes et de confusion. Si l'on peut recueillir çà et là plus d'un aperçu nouveau et vrai, on peut signaler aussi plus d'une contradiction et plaindre la gêne visible avec laquelle l'auteur procède dans l'agencement de son système. Où place-t-il, par exemple, le principe du droit naturel? dans la conscience humaine. Mais si la conscience troublée ou seulement indécise doit se soumettre à une règle supérieure obligatoire comme le veut Oudendorp, et interprétée par une autorité vivante, mieux vaut supprimer la conscience et s'adresser de suite à cette autorité qui la domine. Cela étant, notre auteur n'aurait rien inventé. Le grand mérite d'Oudendorp, c'est d'avoir songé le premier à secouer ce joug de l'autorité, sous lequel gémissait la jurisprudence, comme toutes les sciences. Il ne marche qu'en tâtonnant, cela est vrai, mais déjà on peut prévoir un temps plus libre où le droit, débarrassé de toutes entraves et rendu tout simplement raisonnable, cessera d'être un département de la théologie. Cette tendance va apparaître mieux accusée dans le grand ouvrage de Guillaume Postel, un savant de génie, très-fameux de son temps, aujourd'hui oublié ou connu seulement de quelques érudits. La personne et le génie de Postel méritent une précieuse attention.

II.

Parmi les esprits vigoureux qui imprimèrent, dans le XVIe siècle, un mouvement si fécond à l'esprit humain, il faut certainement placer Guillaume Postel au premier rang. Sa vie fut la plus accidentée que l'on connaisse. Hasards de toutes sortes, changements d'état et de profession, pérégrinations lointaines, procès, exils, rien n'y manque, pas même les histoires de voleurs; jamais faiseur de romans n'a imaginé pour son héros une suite d'aventures comparables à celles qui remplissent l'existence de Guillaume Postel. Ce seul récit détaillé ferait la matière d'un volume.

Né à Barenton, près d'Avranches, le 25 mars 1510, Postel devint de bonne heure orphelin. La vivacité d'intelligence dont il était doué le porta tout enfant vers les études les plus diverses.

Digitized by Google

Vivant au hasard, sans maîtres, presque sans livres, il étudiait seul, et suppléait par une sorte d'instinct de divination à l'enseignement qui lui manquait. Mais il fallait vivre. Dénué de ressources, il se fit maître d'école de village. Quand il fut forcé de quitter son pays natal, il se rendit à Paris après mille accidents et alla se placer comme valet au collége Sainte-Barbe, mettant pour condition à son service, qu'au lieu de gages, il serait autorisé à suivre les cours.

Mais l'âme inquiète de Postel ne pouvait s'accommoder d'une vie régulière. Il quitta bientôt Paris quand il eut pu tirer quelques profits de l'instruction qu'il avait acquise, et se mit à voyager. Il alla visiter des pays impraticables à cette époque, la Grèce, l'Asie Mineure, la Syrie, étudiant, avec les sciences qui l'avaient occupé jusqu'alors, les langues orientales, surtout l'arabe, et recueillant de précieux manuscrits dont il devait enrichir la bibliothèque du roi, puis il revint en France, chargé d'une érudition à laquelle on n'eût pu comparer celle d'aucun savant de son temps. A cette époque, François Ier, qui venait de fonder le Collége de France, songea à l'attacher à cet établissement naissant. Postel y occupa, en 1539, une chaire de mathématiques et de langues orientales que l'on venait de créer pour lui.

Comme tous les hommes de génie de cette singulière époque, Postel avait dans la tête un grain de folie. Il ne pouvait trouver la paix dans le travail régulier de l'enseignement ; il le quitta. Alors des hallucinations mystiques vinrent se mêler aux travaux scientifiques et troubler cette grande intelligence. Postel quitta de nouveau Paris, alla à Rome, entra dans les ordres, tenta de se faire recevoir dans la société des jésuites dont l'entrée lui fut fermée par saint Ignace lui-même, qui ne pouvait admettre dans sa milice disciplinée un homme si peu sûr, passa à Venise, où il devint aumônier d'hôpital, et après les plus singulières aventures, fut traduit pour cause d'hérésie devant les tribunaux de l'inquisition, qui le relâchèrent, mais en le déclarant fou dans leur jugement.

Cependant tant d'événements ne l'avaient pas lassé. De Venise, dont le séjour lui était devenu impossible après son procès, Postel se rend à Constantinople, puis à Jérusalem pour la seconde fois. Il y continue ses recherches d'orientaliste, jusqu'à ce que fatigué de cette existence vagabonde et presque

Digitized by Google

toujours misérable, il se décide à rentrer en France. C'est à Paris qu'il mourut à l'âge de soixante et onze ans, animé des sentiments de la plus profonde piété, après avoir passé dans la retraite les dernières années de sa vie si agitée.

Postel était très-estimé de tous les hommes éminents de son époque ; Marguerite de Navarre, bon juge des choses de l'esprit, le considérait comme le premier de tous. Ses ouvrages sont nombreux ; ils ont souvent pour objet des matières singulières ; nous n'avons à nous occuper que de celui qu'il composa pour assurer la concorde entre les nations du globe : *De orbis terræ concordiâ libri quatuor*, publié pour la première fois à Bâle, en 1544. Le but de Postel, dans cet ouvrage, est de faire connaître une foi et un droit que tout le monde puisse accepter.

Le *De orbis terræ concordiâ* se divise en quatre livres. Dans le premier, l'auteur donne une exposition philosophique des dogmes de la religion chrétienne. Dans le second, il fait l'histoire du mahométisme, expose la doctrine du Coran et la réfute. Dans le troisième, qui doit seul nous arrêter, il pose les principes du droit naturel. Le quatrième livre est consacré à l'indication et à l'examen des moyens par lesquels on pourrait ramener à la vérité religieuse les mahométans et les païens.

Au commencement de la partie de son ouvrage qui a le droit pour objet, Postel raconte comment, en lisant les Pandectes du droit romain, et remarquant que les peuples chez qui ce droit était inconnu ou négligé ne jouissaient pas d'une paix moindre que ceux qui le suivaient, il a été amené à penser qu'il y avait une cause profonde et universelle en vertu de laquelle les choses humaines naissent, se développent et se fixent. Comment la découvrir ? en revenant aux préceptes d'une rigoureuse philosophie. Si l'on observe les mœurs, les idées, les croyances des nations les plus diverses en apparence, on trouvera au fond une parfaite communauté dans les principes et dans les conclusions. Si l'idée de justice semble observée, s'il n'est pas d'opinion parmi les jurisconsultes à laquelle on ne puisse opposer dix opinions différentes, c'est que l'abus de raisonnement conduit toujours avec le temps à faire oublier la raison. On arrive alors à accommoder la vérité, la règle aux choses; au lieu de soumettre les choses à la règle, on disserte sur des mots. C'est ce qui est advenu pour la théologie, et pour le droit romain où la confusion, déjà si grande dans les compilateurs de Justinien,

Digitized by Google

a été tant augmentée par tout le fatras des glossateurs. En simplifiant, au contraire, le droit, en revenant aux principes, à la nature, à la vérité, les différentes nations du globe se reconnaîtront moins dissemblables qu'on ne croit, et une concorde plus grande s'ensuivra.

Il est clair que Postel cédait alors à la réaction qui emportait de toutes parts les esprits contre les procédés scolastiques. Il fallait renverser tout l'échafaudage qui masquait l'Évangile aux théologiens, aux jurisconsultes le Digeste, et revenir à la philosophie, à la simplicité. C'est ce qu'imaginait de tenter Postel. Le droit commun de tous les peuples, dit-il, peut être puisé aux sources de la philosophie : *commune omnium gentium jus ex fontibus philosophiæ peti potest*[1]. En termes différents, c'est ce que pensait Audendorp vers le même temps : la question était de savoir où trouver ces principes de droit.

Postel remarque d'abord que toutes les sciences, tous les arts ont leurs éléments. La jurisprudence, qui est en quelque sorte l'application pratique de toute la philosophie (*veluti totius philosophiæ* πραγματική) a nécessairement les siens. Mais ces principes ne sont pas simples. Bien que le droit de tous les peuples ait des principes certains, partout identiques (*aliquid certum quod omnes gentes probent*), il ne varie pas moins, dans l'apparence, selon l'objet auquel on l'applique, et selon le lieu, la personne, le temps, les mœurs auxquels il est accommodé. C'est, dit Postel, une écriture diverse exprimant toujours une même pensée, et dont le paléographe habile pénètre le sens sans difficulté. Pour bien comprendre le droit d'un peuple, il faut tenir compte et des principes purs de la justice, et des antécédents de ce peuple. Là, Postel expose la méthode qu'il compte suivre, méthode renouvelée de Pythagore, appuyé sur le dogme de la Trinité, basée sur la propriété du nombre trois, et que nous ne

[1] *De orbis terræ concordiâ*, lib. III, cap. 1. — Cicéron s'était déjà récrié contre la scolastique de son siècle. « *Quid hortaris : ut libellum conficiam de stillicidiorum aut parietum jure, et stipulationum formulam componam? Non a pretoris edicto ut plerique nunc, neque a XII tabulis ut superiores, sed penitùs ex intimâ philosophiâ transeundam juris disciplinam puto.* — Quoi! m'engageriez-vous à faire quelque ouvrage de droit sur les eaux ou les murs voisins, ou à inventer quelque formule de stipulation? Je ne crois pas, comme beaucoup, que le droit doive se puiser dans l'édit du préteur, ni dans la loi des Douze Tables, comme l'ont pensé nos ancêtres, mais bien dans la profondeur et les entrailles de la philosophie. » (*De legibus*, I, 5.)

Digitized by Google

nous chargerions pas de faire comprendre, mais sans laquelle heureusement il n'est pas impossible de le suivre sans embarras [1].

La question étant ainsi posée, de savoir quels peuvent être les principes d'un droit à la fois raisonnable et pratique, Postel part du commencement. Si l'on remonte par la pensée à l'origine de toute société, on y voit régner la violence et la ruse. L'esprit humain à son berceau, dit Postel, est entraîné par un insurmontable penchant vers le mal. Ajoutez à cette tendance naturelle la dure nécessité de l'existence à cette époque, quand les produits sont insuffisants pour satisfaire même les besoins vrais, et vous aurez le tableau d'une perpétuelle confusion. Quelques sages s'efforceront de mettre un peu d'ordre dans cette mêlée par leurs conseils et leurs exemples; mais ils échoueront. Pour donner à tous contre chacun une sécurité un peu durable, on établira une loi, informe d'abord, qui aura pour principe le talion. Mais la nécessité et le perfectionnement moral de l'homme ouvriront bientôt deux sources de droit : l'une d'où découlera la sagesse purement humaine, celle dont les commandements ont une sanction ici-bas ; l'autre produite par l'idée de Dieu bien ou mal compris, et par la terreur religieuse dont l'homme se sent saisi au moment de l'accomplissement de tout acte qui peut engager sa félicité éternelle dans une autre vie [2].

Comme on voit, Postel reconnaît deux droits : le droit humain établissant et maintenant l'ordre de justice, et donnant une sanction à ses commandements; le droit divin commençant où celui-ci finit, et ayant pour garantie de son observation le respect et la crainte de la Divinité [3].

Nous passons sur quelques chapitres ayant pour objet le droit divin, comme le comprend Postel : ce sont des dissertations sur la vraie et la fausse religion, très-intéressantes à lire, même dans le langage bizarre de notre auteur. Nous les écartons comme étrangères à ce sujet, et nous revenons à la partie de l'ouvrage que nous avons seule le dessein d'analyser.

Reproduisant la distinction peu connue du droit romain, Postel divise le droit humain, profane, en droit naturel régis-

[1] *De orbis terræ concordiâ*, lib. III, cap. 2.
[2] *Ibid.*, lib. III, cap. 3.
[3] *Ibid.*, lib. III, cap. 3.

Digitized by Google

sant les actes communs à l'homme et à tous les êtres animés, en droit des gens régissant ceux que la nature, la raison ou la nécessité rend communs à tous les hommes, et en droit particulier propre seulement à la nation chez laquelle il est établi. C'est la nature qui porte l'homme à désirer les biens de l'âme et du corps et à fuir ce qui lui est nuisible ; c'est la raison qui le conduit à fonder l'état civil ; c'est la nécessité qui le porte à établir une police, à enceindre des villes et à préparer des moyens de défense et de préservation[1]. Mais quand cette nécessité requiert l'emploi de moyens spéciaux à cause des mœurs ou de la nature des lieux, des usages, des coutumes, un droit local enfin s'établit : c'est le droit civil propre à cette nation et non à d'autres, coutumier ou écrit, mais ne tirant, dans l'un et l'autre cas, sa force obligatoire que du consentement de tous ceux qu'il régit[2].

Mais, la loi faite ou la coutume établie, il reste à en maintenir l'autorité. A qui incombera cette charge ? au souverain. La souveraineté peut appartenir à un seul ou à un corps aristocratique, ou bien à une démocratie ; mais, de quelque façon qu'elle soit constituée, elle est au-dessus des atteintes des particuliers. La nécessité est telle qu'elle en fait une chose presque sainte ; et comme les choses saintes elles-mêmes, ce n'est pas sans péril que la raison peut essayer d'en sonder les fondements[3].

Après ces généralités, Postel aborde les matières du droit civil. La première division à établir est celle des hommes et des choses. Les hommes ne sont pas tous de même condition : dans l'antiquité, il y avait les hommes libres ingénus, les esclaves et les affranchis ; puis ceux qui sont complétement maîtres de leurs droits et ceux qui sont placés sous la direction d'autrui, puis ceux à qui leurs fonctions donnaient un caractère public et ceux qui n'en avaient aucun. Plus tard on divisa les hommes en nobles, roturiers et clercs. Partout le courage militaire et les services civils ont fait établir des distinctions transmissibles aux descendants pour qu'elles soient un stimulant plus puissant ; partout aussi la classe adonnée aux choses reli-

[1] On retrouve là une application de la méthode *ternaire* de cet auteur. Nous n'avons pas besoin d'expliquer comment cette prétendue méthode n'est qu'une subtilité, un pur artifice.

[2] *De orbis terræ concordiâ*, lib. III, cap. 11.

[3] *Ibid.*, lib. III, cap. 12.

Digitized by Google

gieuses a dû avoir certaines immunités nécessaires à l'exercice de son ministère [1].

Dans la société ainsi constituée avec ses différentes classes, l'homme a trois sortes de droit : les uns qu'il tient de la nature, les autres qu'il tient de la société dont il est membre, d'autres enfin qu'il tient du sang, en d'autres termes, des liens de la famille. Par la nature, tout homme naît libre, maître de sa volonté ; cette liberté, toutefois, peut se perdre soit par la faute de l'homme, soit par un fait étranger, comme celui, par exemple, de la captivité chez l'ennemi. De la loi, l'homme tient le droit de conserver ce qu'il a acquis et d'user des choses publiques et des choses communes. Et la famille est la source des droits de tutelle et de protection. Mais tous ces droits peuvent être perdus pour cause d'indignité ; et ici Postel note en passant le respect que les lois romaines avaient pour la vie de l'homme, épuisant tous les moyens de répression praticables avant d'arriver à priver un citoyen de la vie [2].

Quant aux choses que l'homme accumule dans ses mains comme s'il devait vivre éternellement, elles sont différentes par leur nature et donnent lieu à une foule de conventions. Mais soit qu'il s'agisse de la chose même, ou de son usage, ou d'un fait, quand une convention est inexécutée, le *quantum interest* se mesure arithmétiquement par l'argent, mesure commune que la nécessité a fait établir, et une action naît contre l'obligé qui se refuse à l'exécution [3].

Du droit civil, Postel passe à ce que nous appellerions aujourd'hui le droit pénal. Fidèle à sa méthode ternaire, il donne à l'injure trois causes : la nécessité, l'ambition ou l'avarice ; trois manières de se produire : la parole, l'écriture, les voies de fait. Mais il ne confond pas les actes justiciables de la loi avec ceux ne relevant que de la conscience. La loi ne punit que les actes dommageables à autrui ; la faute, que Postel appelle le péché, n'est pas de son ressort, à moins qu'elle ne soit le principe d'un dommage futur [4].

[1] *De orbis terræ concordiâ*, lib. III, cap. 14.

[2] *Ibid.*, lib. III, cap. 15.

[3] *Ibid.*, lib. III, cap. 16. — C'est tout simplement la disposition de l'article 1142 de notre Code : « Toute obligation de faire ou de ne pas faire se résout en dommages-intérêts en cas d'inexécution de la part du débiteur. »

[4] *Ibid.*, lib. III, cap. 17 et 18.

Digitized by Google

Postel a déjà parlé de la nécessité d'un pouvoir souverain qui domine dans l'État les volontés particulières, préside à la loi, et en fait à la fois l'organe et le gardien. Il y revient avec des détails après cet exposé de ses principes universels du droit : c'est une partie très-intéressante de son travail.

Il observe d'abord que, quoique tous les États tendent à la même fin, et se conservent, se développent et périclitent par les mêmes moyens, cependant la constitution de magistrature diffère chez chacun au point que presque jamais celle de l'un ne peut convenir à un autre. Mais là encore il y a des principes communs. D'abord la puissance du magistrat est une imitation et comme une continuation de celle du père de famille ; le gouvernement patriarcal est le premier que toutes les sociétés connurent. Cette puissance d'un seul, légitime en soi, ne tarde pas sans doute à dégénérer en tyrannie ; mais la force des choses la ramène à sa première origine. A la tyrannie, en effet, succède un pouvoir aristocratique régulier, qui devient bientôt une tyrannique oligarchie, puis une démocratie qui dégénère en une inique ochlocratie. Or, quand ces formes de la puissance publique sont épuisées, les peuples reviennent d'eux-mêmes à la forme monarchique comme à la plus naturelle ; si naturelle qu'on la retrouve chez des peuples inconnus entre eux, comme ceux dont la découverte du nouveau monde nous a révélé l'existence [1] !

Si l'on cherche maintenant à décomposer les éléments de la puissance publique, on trouve que tout citoyen investi d'une dignité publique a pour mission ou de réprimer le mal intérieur, ou de réprimer le mal extérieur, ou de servir de lien entre ces deux puissances, ou d'en être un instrument. Les trois premiers éléments de la puissance publique seront ainsi le juge, le questeur, le prince.

Les juges sont de trois sortes : les premiers assistent le prince dans les cas où il a conservé la juridiction ; les seconds connaissant des causes que l'on n'a pas voulu faire dépendre de la seule décision des juges inférieurs ; les troisièmes, répandus dans les villes et villages et mettant la justice à la portée de tous les citoyens. Tous ces magistrats, ces dignitaires constituent un corps aristocratique dont les priviléges doivent être

[1] *De orbis terræ concordiâ*, lib. III, cap. 19.

Digitized by Google

transmissibles aux descendants, si l'on veut les intéresser efficacement au maintien de l'État : ils sont un prolongement de l'autorité du prince et en quelque sorte la main, l'instrument (*veluti manus et adminicula*) qui maintient son action sur ses sujets[1].

Mais les juges ne peuvent cumuler, avec leurs fonctions de juges, le soin de la police de l'État et de l'instruction des causes. La justice aura donc des auxiliaires, procureurs, avocats, scribes, etc. Par le ministère de ces auxiliaires, la justice est rendue facile et égale pour tous, et l'exécution des sentences judiciaires est assurée[2].

Les derniers chapitres du troisième livre du *De orbis terræ concordiâ* sont consacrés à l'examen de l'organisation de la force armée et du système des impôts, deux choses nécessaires pour assurer, dans l'État, le respect de la justice, tant contre les ennemis du dehors que contre ceux du dedans : ces dissertations continuent le sujet de notre auteur, mais elles ne relèvent pas de notre appréciation.

Résumons maintenant les idées fondamentales du livre de Postel. Ce sera la conclusion de cette analyse, où nous l'avons suivi pas à pas en l'abrégeant.

Postel est le premier publiciste qui ait distingué avec netteté, dans toutes les législations, une partie constante, partout identique, un fonds commun, et une partie variable, manifestation nécessaire des mœurs, du caractère national, formant le droit propre de tel pays, et ne convenant à nul autre. Il a conçu le premier l'idée d'un Code de justice universelle. Son livre s'adresse à tous, comme, plus tard, celui de Grotius. Son but est de chercher un droit que tous les peuples approuvent ou puissent approuver : *jus omnium gentium consensu aut probatum, aut probandum, aut probabile*[3]. Ses idées philosophiques ne sont pas toutes à lui ; il les a empruntées, pour la plupart, à Cicéron, notamment celle de faire découler tout le droit de la philosophie ; mais il lui reste l'honneur d'avoir affirmé le premier l'existence d'un foyer inconnu de vérité, foyer commun, où tous les peuples viennent puiser, sans le savoir, le principe de leurs législations, qu'ils accommodent chacun à ses besoins et à son caractère.

[1] *De orbis terræ concordiâ*, lib. III, cap. 20.
[2] *Ibid.*, lib. III, cap. 22.
[3] *Ibid.*, lib. III, cap. 20.

Digitized by Google

Un autre mérite de Postel, c'est d'avoir presque devancé Vico en reconnaissant dans le sens commun des nations, le sceau de la vérité. A chaque pas, il invoque l'histoire ou le sentiment général à l'appui de ses idées. Il recommande le respect du caractère national, et va presque jusqu'à placer la loi dans la majorité : *Oportet aut omnium aut majoris partis hominum usui legibus consuli antequam recipi possint*[3]. Sans doute, il ne serait pas sérieux de comparer Postel à Vico pour la maturité et la profondeur des idées ; mais aussi, qu'on veuille bien s'en souvenir, nous apprécions Postel comme un précurseur, non comme un messie.

Il semble que ce soit, d'ailleurs, la destinée de Postel d'avoir eu comme un pressentiment d'une foule de vérités dont des penseurs des siècles suivants ont recueilli l'honneur. Quand il proclame l'identité, au fond, de tous les systèmes de législation, c'est Vico. Quand il dit que le droit existait avant qu'aucune loi fût écrite et aucune nature constituée, *constituendi juris est summa illa ratio quæ sæculis omnibus ante nata est, quam scripta lex ulla aut civitas omninò constituta*, c'est Montesquieu. Quand il donne l'explication de la noblesse privilégiée et héréditaire, nécessaire dans toutes les monarchies comme un prolongement de la souveraineté, *veluti manus et adminicula principis*, c'est de Maistre. Notons en passant que, sans rien sacrifier du droit souverain de tous, Postel incline en politique vers une monarchie limitée par des institutions aristocratiques ; là sont évidemment ses sympathies[1].

Mais, après l'inventaire de ces découvertes faites par Postel, la justice commande de faire quelques restrictions. Le style de

[1] *De orbis terræ concordiâ*, lib. III, cap. 12.

[2] Le rôle de l'aristocratie comme puissance politique, toujours très-brillant en Angleterre, fut mal compris en France sous l'ancienne monarchie, et point compris du tout sous la nouvelle, quand, après le premier empire, on songea à la reconstituer par une maladroite imitation. Chateaubriand disait à la Chambre des pairs (mai 1823) : « Quelle différence de position ! En France, c'est la couronne qui met à l'abri l'aristocratie ; en Angleterre, c'est l'aristocratie qui sert de rempart à la couronne. » Cela est vrai, mais ne fait pas honneur au sens politique des hommes de cette époque. Si l'aristocratie n'est pas un tribunal pour le peuple, et pour la couronne un rempart, s'il faut la soutenir, c'est une inutilité, une injustice. Qu'est-ce qu'un protecteur qu'on paye à la fois et qu'on protége ? L'aristocratie n'a de raison d'être que comme pouvoir pondérateur destiné à maintenir l'équilibre entre les divers éléments de l'État. Postel a entrevu cela.

Digitized by Google

Postel est tourmenté et sec, quoique imagé ; ses idées sont subtiles ; sa méthode ternaire à laquelle il tient tant est un pur artifice d'illuminé, auquel n'auraient jamais voulu recourir les docteurs de l'École, dont il blâme tant le bavardage et la fausse philosophie. Qui croira que l'on puisse ainsi trouver partout trois éléments, partout des divisions tripartites ? Les choses ne vont pas avec une telle régularité. Quant à son esquisse d'un traité de justice universelle, on peut bien reconnaître que c'est une analyse incomplète des principes du droit romain ; le mérite de Postel est d'avoir marqué les grands traits de ce droit modèle.

Tel est Postel, et telle est la part qu'il prit au mouvement dont nous voudrions faire connaître le commencement. Ce mouvement imprimé va se continuer lentement ; nous sommes obligé maintenant, pour le suivre, d'aller en Danemark.

III.

Hemming, professeur à Copenhague, est l'auteur d'un petit livre intitulé *De lege naturæ*, qui, pour avoir eu trois éditions, n'en est ni moins rare, au moins en France, ni mieux connu[1]. L'épigraphe, bien qu'empruntée à saint Paul, indique à l'avance l'esprit indépendant du livre : c'est le verset de l'épître aux Romains : « *Gentes ostendunt opus legis scriptum in codibus suis, unà testimonium reddente ipsorum conscientiâ :* Les gentils montrent que les prescriptions de la loi sont écrites dans leurs cœurs, comme leur conscience en rend témoignage pour eux[2]. » On s'attend de suite, d'après cette épigraphe, à lire un traité écrit la main sur la conscience, et non un chapitre d'un livre de théologie.

Dans son épître dédicatoire à un sénateur du nom d'Eric Krabbe, Hemming prêche pour ce que nous appellerions aujourd'hui la souveraineté du droit. Nulle société ne peut durer, dit-il, si la justice n'y règne en maîtresse, et si le prince est autre chose que le gardien de la loi. Or la loi n'est pas une pure opinion ; elle est, comme Platon le fait dire à Socrate, l'expression de la vérité, la découverte de ce qui est, τοῦ ὄντος

[1] Voici le titre complet de l'ouvrage d'Hemming : *De lege naturæ apodictica methodus, continuata per N. Hemmingium.* Les éditions de cet ouvrage sont de 1564, 1574 et 1582. C'est sur l'édition de 1574, imprimée à Wittemberg, que nous suivrons notre auteur.

[2] *Epist. ad Rom.*, II, 15.

Digitized by Google

εὕρεσιν. Et de même que tous les arts et les sciences, comme la grammaire, la dialectique, la géométrie, ne progressent qu'à la condition d'être traitées avec méthode et clarté; de même que certaines sciences doivent leurs premiers principes à une science plus générale, comme la médecine qui emprunte les siens à la physique; de même aussi la science du droit civil a sa méthode, et la philosophie morale lui fournit des axiomes [1].

Il y a donc une justice immuable au-dessus de la sphère où s'agitent les convoitises, les passions, les intérêts. La dignité suprême de l'homme, c'est de la comprendre : rappeler les lois à leur origine et à leur fin, ce doit être le premier effort de tout homme qui les veut connaître [2].

Avant de définir la loi naturelle comme il la comprend, Hemming rappelle les définitions qu'en ont données les philosophes et les orateurs de l'antiquité. Sans combattre ces définitions, et même en s'en aidant, il donne la sienne que voici : *Lex naturæ est divinitùs impressa mentibus hominum notitia certa principiorum cognitionis et actionis, atque conclusionum ex istis principiis demonstratarum proprio fini hominis congruentium, quas ex principiis necessaria consequentia ad humanæ vitæ gubernationem extruit ratio, ut homo ea quæ recta sunt cognoscat, velit, eligat, agat, vitetque contraria, quorum omnium et testis et judex conscientia hominibus divinitùs est attributa :* La loi naturelle est la notion certaine des principes de connaissance et d'action gravée par Dieu dans le cœur des hommes, ainsi que des conséquences que la raison démontrera être propres à la fin de l'homme et nécessaires à la conduite de la vie humaine; de telle façon qu'avec la notion de ces principes et de leurs conséquences, l'homme connaisse, veuille, choisisse et fasse ce qui est juste et évite ce qui est injuste, ayant pour juge et témoin sa conscience, que Dieu lui a donnée. » Tout le livre d'Hemming est dans cette définition et l'explication qu'il en donne; nous allons reproduire son commentaire en l'abrégeant [3].

Hemming observe d'abord que la loi naturelle, d'après cette

[1] V. *Epistola dedicatoria.*

[2] V. *Præfatio ad lectorem.*

[3] Les feuillets du livre d'Hemming n'étant pas chiffrés, au moins dans l'édition de 1574 que nous suivons, nous ne pourrions faire de citations utiles ns demanderons qu'on nous croie sur parole.

Digitized by Google

définition, se référant à Dieu, son auteur, est éminente en autorité, en dignité, en équité. Tout ce qui est conforme à cette loi est juste, tout ce qui est contraire est inique; l'homme qui la méprise est nécessairement ennemi de Dieu, θεομαχῶν, comme disaient les philosophes grecs; il contrevient à l'ordre divin autant qu'à celui de la nature.

En second lieu, la loi naturelle est certaine. Étant écrite par Dieu même dans l'esprit des hommes, tout homme qui se connaît la connaît. Elle est certaine par sa nature, par l'évidence dont elle brille; certaine par l'impossibilité qu'elle ne soit pas, puisque pour soutenir que ce qui est honnête n'est pas obligatoire, il faudrait soutenir que l'homme est obligé à ce qui est déshonnête, l'indifférence n'étant pas admissible en pareille matière; certaine enfin par les effets qu'aurait un précepte contraire, car sans l'existence d'une loi ayant pour principe la justice, la société civile ni même l'espèce humaine ne sauraient subsister Cette certitude de la loi naturelle est démontrée par Hemming à la suite d'une longue dissertation psychologique, où il s'autorise d'Aristote, de Platon, de Praelus, et de Reuchlin, le maître de Mélanchthon, dissertation trop remplie de détails subtils et étranger à notre matière pour qu'il nous soit nécessaire de l'analyser.

Mais l'existence de la loi naturelle ne se démontre pas seulement *ex natura ipsâ*, comme Hemming l'a dit dans son introduction; la démonstration se tire aussi *ex fine legis*. Pour connaître la fin de la loi naturelle, Hemming se demande quelle est la fin de l'homme. Or la fin de l'homme se déduit de trois conditions: 1° qu'il soit dans l'état le plus parfait, ce qui, vu la nature morale de l'homme, ne peut s'entendre que de la perfection morale; 2° qu'il ait le libre exercice de ses facultés pour l'accomplissement de ses devoirs; 3° qu'il tende à Dieu par la pratique du bien, ce qui est proprement la fin de l'homme et le distingue de tous les êtres de la création.

Rechercher le vrai, choisir le bien, pratiquer la justice, telle est la fin de l'homme ici-bas; et Hemming se flatte d'en résumer les conditions dans la définition qu'il donne de la loi naturelle.

Cependant les actions de l'homme, et par conséquent ses devoirs, varient selon le genre de vie auquel il se donne. La vie pratique de l'homme, pour parler comme Hemming, est écono-

Digitized by Google

mique, politique et spirituelle. La vie économique, c'est celle de la famille. Tout ce qu'exige la conservation de cet état, la perpétuation de la famille, est un précepte de la loi naturelle. Tirons de suite la conséquence de cette doctrine : tout ce qu'il est nécessaire de faire pour le maintien de l'état économique est pour l'individu un droit.

La vie politique, qui est un mode d'existence plus large pour l'homme, a aussi ses exigences. La principale, c'est la subordination des citoyens à un corps de magistrature chargé de contenir l'ordre. Tout ce qui a pour objet le maintien de l'ordre et de l'indépendance nationale, c'est-à-dire tout ce qui a pour objet la justice intérieure et la défense contre le dehors est commandé par la loi naturelle. Mais Hemming remarque que ni les magistrats ni les citoyens ne peuvent rien sacrifier de la loi de Dieu : d'où la conséquence qu'à aucun commandement du prince prescrivant des choses contraires à la loi divine ou naturelle, l'obéissance du citoyen n'est due.

Quant à la vie spirituelle, elle est, à proprement parler, la fin de l'état économique et de l'état politique. Partout la Divinité a été reconnue et honorée. La vie spirituelle, religieuse, a donc, comme les autres, ses préceptes et ses immunités.

Hemming termine son livre comme Oudendorp a fini le sien. Le résumé des préceptes de la vie économique, politique et spirituelle, c'est le Décalogue ; en conséquence il analyse le Décalogue comme le Code de toutes les vertus et de toutes les institutions civiles, et montre sa concordance parfaite avec les doctrines morales les plus pures de l'antiquité.

Le petit ouvrage d'Hemming est un livre de morale plutôt qu'un livre de droit. Excepté dans la partie où il déduit le droit social des préceptes de la vie économique, politique et spirituelle, et où il fait ainsi deviner Grotius et toute son école dite socialiste, il n'y a pas à extraire de ce livre, comme de celui de Postel, un système ou des pensées isolées pour en suivre la filiation dans les ouvrages d'écrivains plus modernes. Mais ce traité de morale pratique révèle, dans les esprits, une agitation qui ne pouvait pas tarder à passer dans la science du droit comme on la concevait alors. Ce qui ressort du livre d'Hemming, c'est que l'homme a des devoirs, et par conséquent des droits dont le principe est alarmant. Ce qui s'y manifeste à chaque page, c'est la pensée de chercher des autorités partout

Digitized by Google

où la vérité apparaît, chez les écrivains, chez les poëtes, chez les philosophes de tous les temps, les philosophes grecs surtout, sans acception d'opinion ni d'école, sans préjugés, comme fera plus tard Grotius, qui, s'il a connu Hemming, lui doit certainement sa méthode. C'est quelque chose qu'une idée et une méthode, n'en dût-on pas tirer soi-même tout ce qu'elles peuvent donner. Nous allons voir l'esprit et la méthode d'Hemming apparaître plus manifestement dans Winckler, le dernier écrivain dont nous ayons à nous occuper, le dernier aussi dont l'ouvrage précéda celui de Grotius; nous aurons peut-être ainsi préparé à l'intelligence de ce père de la science du droit naturel.

IV.

Winckler, né en 1579, mort en 1648, a publié en 1615 le livre que nous allons analyser; il est intitulé : *Principiorum juris libri quinque;* il a été imprimé à Leipsick. Dans cet ouvrage tout aussi peu connu que ceux dont il vient d'être parlé, Winckler marche affranchi de l'autorité théologique, mais non pas sans rendre à la science de la révélation un hommage encore obligé de son temps. Pour lui, la jurisprudence est la servante de la théologie dans la matière du droit. *Jurisprudentia theologiæ in doctrina legis famula* [1] : nous verrons néanmoins que cet hommage des paroles ne l'entraîne pas à rien sacrifier du droit de la raison.

Le premier livre de l'ouvrage de Winckler est employé à traiter de la loi suprême, en vertu de laquelle tout se meut et se gouverne ici-bas. Cette loi, dit Winckler, c'est la volonté de Dieu. Appliquée à l'homme, elle est le principe et la règle de son mouvement et de son repos, c'est-à-dire de ses actions; mais comme l'homme est à la fois âme et corps, comme, par l'effet de sa déchéance originelle, il est entraîné par des penchants ou brutaux ou vicieux, il sait qu'il faut distinguer, entre les nécessités qu'il doit suivre ou contre lesquelles il doit lutter, trois choses appelées également, mais d'une manière impropre, par Winckler, des lois : la loi naturelle, *lex rationis*, la première et véritable règle d'action dans la vie humaine; la loi commune, *lex naturæ communis*, comprenant toutes les néces-

[1] *Princip. juris libri quinque*, lib. I, cap. 2.

Digitized by Google

sités communes à l'homme et aux choses animées, et la loi accidentelle du mal, *lex carnis*, *lex peccati*, désignant les penchants vicieux que l'homme doit réprimer [1].

La loi naturelle, la loi de la raison humaine, est évidemment la seule dont il y ait à s'occuper dans un ouvrage de droit naturel, étant pour l'homme la seule loi obligatoire. L'homme en trouve le principe en lui-même. Est-elle en contradiction avec la loi de Dieu, qui n'est connue que par la révélation? Non ; les deux lois bien connues sont une seule et même chose [2]. La nature humaine étant corrompue, la raison peut errer ; mais la nature humaine n'étant pas détruite, et l'homme, en conservant un ressouvenir de son état primitif parfait, la raison humaine, placée dans des conditions d'indépendance faciles à trouver, ne saurait tromper; car Dieu ne se contredit pas dans son œuvre, dit Winckler, *nihil Deus creavit contra se*. La loi accidentelle du mal, *lex accidentalis, lex peccati, et mala peccati*, est la seule contraire à sa volonté [3].

La loi de la raison humaine est obligatoire, il paraît conséquent qu'elle le soit pour tous. Winckler consacre un chapitre à démontrer qu'en effet il en est ainsi [4]. Donc, les préceptes de la loi naturelle sont des préceptes généraux. Chacun est apte à les connaître, et par conséquent est responsable de leur inobservation. Les hommes peuvent différer sur des particularités, jamais sur la règle du bien et du mal; il y a dans les intelligences des degrés, mais la nature humaine est identique.

Mais l'homme n'a point été créé pour vivre seul. Tout révèle en lui un être sociable ; ses facultés, ses tendances, ses besoins, le portent vers ses semblables. Du caractère de sociabilité de

[1] *Principia juris*, lib. I, cap. 4 et 7.

[2] Le titre complet de l'ouvrage de Winckler est celui-ci : *Principiorum juris libri quinque, in quibus genuina juris tam naturalis quam positivi principia et firmissima jurisprudentiæ fundamenta offenduntur, ejusdem summus finis ob oculos ponitur et divina autoritas probatur* : Cinq livres des principes du droit, dans lesquels les principes du droit tant naturel que positif et les fondements les plus certains de la jurisprudence sont exposés, où la fin dernière du droit est rendue évidente et l'autorité divine prouvée. — Comme ses prédécesseurs dans la science du droit naturel, Winckler, dans tout le cours de son ouvrage, revient toujours sur l'identité de la loi divine et de la loi naturelle; mais il discute avec les théologiens, loin de s'asservir à leurs décisions.

[3] *Principia juris*, lib. I, cap. 8.

[4] *Ibid.*, cap. 8.

Digitized by Google

l'homme, Winckler conclut à l'existence de deux lois, de deux règles, ayant toutes les deux, cela s'entend, le même principe, puisqu'elles ne sont chacune qu'une application différente de la loi humaine dont il vient d'être parlé : l'une par laquelle l'homme conforme sa vie aux préceptes de la loi divine et naturelle, en pratiquant les vertus solitaires que cette loi enseigne, comme la piété, la sobriété, la chasteté; l'autre par laquelle il se conforme aux préceptes de la société politique et accomplit ses devoirs de citoyen [1].

Après avoir parlé de la loi, c'est-à-dire de la raison, en tant qu'elle règle les mouvements internes et externes de l'homme, après avoir traité avec une véritable supériorité de la liberté de l'arbitre humain, sur quoi nous passons pour ne nous arrêter qu'à ce qui nous intéresse comme jurisconsulte, Winckler arrive à parler du droit. Qu'est-ce que le droit? Dans la pensée de Winckler, il diffère de la loi comme l'effet de la cause ; le droit, c'est ce que la loi commande ; il est l'expression de la loi, et comme le sommet par lequel elle se montre, *decretum, pars et apex quo se exerit* [2]. Mais le droit naturel est de deux sortes, de même que nous venons de voir que la loi naturelle est double. Winckler distingue donc le droit naturel primaire, *jus naturale prius*, droit de vérité et d'amour, auquel l'homme satisfait par la pratique des commandements de la loi morale, et le droit naturel secondaire ou droit des gens, *jus naturale posterius seu jus gentium*, d'où naissent la distinction des personnes et des choses, la propriété, les contrats, et en général tous les actes et les faits de la vie civile [3].

On comprend que nous n'avons pas à nous arrêter aux dissertations de Winckler sur le droit primaire, tout intéressantes qu'elles sont, puisque c'est de la pure philosophie, et que le droit secondaire seul peut nous intéresser. Or le droit naturel secondaire, dans l'opinion de Winckler, est une conséquence de la déchéance de l'homme. Supposez l'homme dans l'état de perfection où il se trouvait sortant des mains du Créateur, le tien et le mien étant inconnus, la piété, la justice et la charité étant dans le cœur de tous, il n'y aurait pas à rechercher les principes souvent subtils d'une règle plus rigoureuse. Mais

[1] *Principia juris*, cap. 10.
[2] *Ibid.*, lib. II, cap. 1.
[3] *Ibid.*, cap. 9.

Digitized by Google

comme la fatalité de la loi du péché fait que l'homme n'est presque jamais juste spontanément (*homines justum ultro facere nolunt*), on a dû tracer des limites pour empêcher chacun d'empiéter sur la liberté des autres [1]. De là les institutions et le droit civil. Le droit secondaire est donc une nécessité de la conservation du droit primaire ; les institutions civiles sont comme un mur qu'a enceint le droit naturel, *sunt muri quibus naturæ jus cingimus;* aussi en abolissant les institutions civiles, et en rendant l'homme à la liberté naturelle, on lui enlèverait sa liberté légitime, et l'espèce humaine tout entière, confondue comme un troupeau, sans droits, sans garanties, sans lendemain, vouée désormais au mal par nécessité, ne tarderait pas alors à oublier la loi suprême qui la régit, et passerait en l'état des brutes [2].

Passer de ces explications à une définition, la chose était facile pour Winckler. Winckler définit donc le droit secondaire ou des gens : « une règle de raison, pour la conservation du droit naturel, commune à toutes les nations, *dictamen rationis pro conservatione juris naturalis, omnibus gentibus commune* [3]. » C'est la définition des jurisconsultes romains, mais améliorée et appropriée à la doctrine de cet auteur.

Après ces explications, dans lesquelles nous sommes obligé de faire de larges coupures, Winckler énumère les préceptes fondamentaux du droit des gens. Le premier est celui de la défense naturelle; toutes les institutions du droit des gens n'ont même pour objet que la conservation, la protection du droit naturel primaire. Il suit de là que tout homme, attaqué dans ce qu'il fait de bien ou d'utile légitimement, peut repousser la force par la force. Si donc il est menacé, soit dans sa vie, soit dans sa liberté, soit dans la pratique de sa foi religieuse, il peut recourir à la force, et il le peut aussi pour prévenir un dommage imminent, par exemple en se portant spontanément l'adversaire de la fraude ou de la mauvaise foi [4].

Le second précepte du droit des gens a pour objet la constitution de la famille. L'institution du mariage et la puissance du père de famille doivent être gardées soigneusement par les in-

[1] *Principia juris*, lib. IV, cap. 1.
[2] *Ibid.*, cap. 2.
[3] *Ibid.*, cap. 5.
[4] *Ibid.*, cap. 8 et seq.

Digitized by Google

stitutions civiles. Notamment, le mariage est accompagné pour sa conclusion de certaines formes et solennités qui de tous temps ont été de l'essence de ce contrat [1]. Dans tous les cas où le droit des gens est violé, la force même individuelle peut être légitimement employée, et Winckler observe que le mal causé pour repousser une attaque injuste n'est pas mesuré alors par le danger couru, ni arrêté par la qualité de l'agresseur. Ainsi une folle peut donner la mort pour se garder d'un attentat à la pudeur, et la défense naturelle est de droit même contre un magistrat, même contre le souverain [2].

Mais la défense privée n'est pas la seule que le droit des gens autorise. Quand l'attaque est générale, la défense doit être générale aussi. Ici naît le droit de la guerre. La guerre est juste, dit Winckler, quand l'agression est injuste; ce qui ne l'est pas, c'est la guerre entre particuliers faite en dehors des cas de légitime défense, c'est le duel, la provocation individuelle, moyen aussi périlleux que scandaleux, qui fait descendre les combattants au rang de gladiateurs [3].

Après s'être ainsi occupé de ce qui se rapporte aux personnes, Winckler passe à ce qui se rapporte plus particulièrement aux choses. Dans l'état que suppose le droit secondaire, la communauté des biens ne saurait exister. Admettez la communauté des biens, étant donné l'homme avec ses passions, son avarice, sa convoitise, et le monde sera le théâtre de luttes et de troubles éternels. Pour que le droit naturel, le *jus prius* demeure inviolé, et que la paix règne, il faut donc que la propriété devienne individuelle : alors seulement l'homme a une existence libre et assurée, ce qui ne l'empêche pas, loin de là, d'accomplir ses devoirs de libéralité, ce qui peut seul même lui en permettre l'accomplissement. Quant à savoir par quels moyens elle se forme et quelles sont les différentes manières d'acquérir, c'est dans les livres des jurisconsultes qu'il faut chercher [4].

Ajoutons, avec Winckler, que la propriété individuelle rend nécessaires les contrats et les pactes, et que toutes ces choses

[1] *Principia juris*, cap. 9.
[2] *Ibid.*, lib. IV, cap. 10.
[3] *Ibid.*, cap. 11.
[4] *Ibid.*, cap. 12.

Digitized by Google

engendrent les actions judiciaires, pour quoi se trouvent organisées en partie les sociétés civiles[1].

Le dernier livre de l'ouvrage de Winckler est consacré au droit positif ou civil. Quel est l'office du droit civil? quelle est sa fin? C'est de servir le droit naturel, répond Winckler : *Finis juris civilis est ut naturali famuletur*. Par exemple, la raison naturelle enseigne que la volonté raisonnable d'un testateur doit être respectée; mais l'expérience apprend que le dol, la crainte, la maladie, peuvent fausser la volonté du testateur ou faire apparaître une volonté qui n'est pas. Pour assurer le respect des testaments, le droit civil intervient et détermine les solennités qui doivent accompagner la confection des testaments, ainsi que les formes intrinsèques, le nombre et la qualité des témoins. Que le droit civil n'atteigne pas toujours à son but, et qu'il aille même quelquefois contre le but qu'il se propose, là n'est pas la question; l'abus d'un système n'est pas sa fin[2].

Si maintenant on se demande qui sera juge de ces nécessités du droit civil, qui appréciera les moyens propres à assurer le droit naturel, la liberté, il faut répondre que c'est le pouvoir souverain, quel qu'il soit, placé au sommet de la société. La Majesté, dit Winckler, fait les lois civiles, dispose des offices et des personnes, ordonne les citoyens, régit les contrats, punit les délits, termine les procès, mais elle ne domine pas le droit naturel. D'où il suit que tout souverain qui sort de la sphère civile pour attenter au droit naturel, perd son caractère de souverain, et ne peut plus exiger des citoyens l'obéissance. Sa puissance ne va pas jusqu'à faire le mal impunément dans le cercle où l'individu ne relève que de sa conscience[3].

Il y a plus : le souverain qui édicte des peines ne peut les édicter que dans la mesure de la nécessité; il doit les égaler à l'importance du délit, et ne la dépasser jamais. Si un simple mouvement de la main lui suffisait pour assurer le maintien de l'ordre, toute peine, même légère, ne serait plus qu'une iniquité, et le citoyen frappé ne serait pas tenu de la subir en silence[4].

Winckler termine son ouvrage en démontrant que le droit est

[1] *Principia juris*, cap. 12.
[2] *Ibid.*, lib. V, cap. 3.
[3] *Ibid.*, cap. 4.
[4] *Ibid.*, lib. V, cap. 8.

Digitized by Google

quelque chose de réel, non une pure opinion. Si la justice n'était qu'un rêve, que serait Dieu? que seraient le bien, le mal, la vertu, le crime? Si le droit a ses principes qui n'ont jamais été répudiés complétement depuis que le monde se connaît, il faut qu'il existe ailleurs que dans l'imagination. Au surplus, les plus grands esprits dont l'humanité s'honore l'ont pensé ainsi, et leurs plus beaux ouvrages sont un hommage au droit, à la justice éternelle.

De tous les ouvrages que nous venons d'analyser, celui de Winckler est assurément le plus remarquable. S'il y avait moins de subtilités et de répétitions, sinon plus d'ordre, nous ne lui marchanderions pas la qualification d'admirable qu'il mérite en tant d'endroits, notamment dans les belles dissertations sur la liberté de l'arbitre humain; tout s'y tient, tout s'y enchaîne. Winckler marche presque toujours appuyé sur Platon et Cicéron; et le plus grand éloge que l'on puisse faire de son livre, c'est que Platon et Cicéron paraissent encore plus beaux, cités dans ce livre, que dans leurs propres ouvrages.

Les idées que l'on doit à Winckler sont des plus fécondes. En distinguant ce qu'il appelle le droit primaire du droit secondaire, et plus tard le droit secondaire du droit civil, le droit primaire étant le but, le droit secondaire et le droit civil étant le moyen et la mise en œuvre, il a marqué d'une façon aussi ingénieuse qu'on l'ait jamais fait la distinction de la morale et du droit. Il a été le premier le défenseur de la liberté civile, d'une liberté sage, éclairée. Il a le premier limité d'une manière précise la puissance du souverain sur les sujets, sans recourir à des théories anarchiques, comme d'autres l'avaient fait avant lui. On a démontré avec plus de force combien les institutions civiles sont nécessaires comme gardiennes de la liberté, de la loi morale, et combien l'anarchie, en ce qu'on appelle la liberté naturelle, y est contraire. C'est dans son ouvrage que se fait jour, pour la première fois, cette idée de subordonner les institutions civiles à l'ordre social, au droit. Qu'il y ait dans toutes les théories de notre auteur quelque embarras, quelque tâtonnement, et des répétitions assez fréquentes, obscurcissant souvent les idées de détail au lieu de les éclairer, personne ne pourrait le contester. Mais il ne faut pas oublier que Winckler avait beaucoup à créer, et que rarement une science sort toute faite du cerveau qui la conçoit pour la première fois.

Digitized by Google

Winckler mérite donc une place à part dans cette galerie; il a sur tous les écrivains qui l'ont précédé le grand avantage de creuser un sujet jusqu'à l'épuiser, quand une fois il l'a entrepris. Sa manière est celle du véritable philosophe qui procède méthodiquement, et non pas seulement par bonds et par aperçus. Il sait la valeur d'un argument et d'une objection. Telle de ses dissertations, celle, par exemple, sur la *sectio debitoris*, dont il est question dans Aulu-Gelle, ne laisse rien à désirer, même après les débats qui ont été souvent renouvelés depuis dans nos Académies[1]. Son ouvrage est ainsi un modèle de critique historique, comme il est en beaucoup d'autres endroits un modèle de discussion philosophique. Il ne sera jamais traduit ni réimprimé, et c'est fâcheux; car on aurait encore aujourd'hui beaucoup à apprendre; mais tout jurisconsulte qui le lira ne le quittera pas sans un certain regret.

V.

Voilà les véritables ancêtres de Grotius; voilà leurs livres un peu nettoyés, peut-être, de la poussière qui les recouvre depuis trois siècles. Oudendorp a entrevu la séparation de la morale et du droit et rompu le premier les lisières de la théologie; Postel a discipliné sa matière, montré l'identité de l'idée de justice en tous temps, en tous lieux, et semé, chemin faisant, une foule de vérités, dont le temps et des études plus mûres n'ont pas démenti la justesse. Hemming a apporté dans l'étude du droit naturel l'indépendance et l'élévation, et Winckler y a mis le véritable esprit philosophique et la profondeur. Chacun a préparé, soit la matière, soit l'échaudage sur la charpente de l'édifice; et quand viendra Grotius, la science du droit naturel n'aura plus besoin que d'un dernier effort pour se constituer. Soyons justes envers tous. En admirant les grandes intelligences qui apportent au monde la démonstration d'une idée nouvelle, ce n'est pas leur faire injure de rendre à leurs précurseurs oubliés la part de gloire qui leur est due.

[1] *Principia juris*, lib. II, cap. 4. — Aulu-Gelle rapporte dans ses *Nuits attiques* que, d'après la loi des Douze Tables, le corps du débiteur insolvable était coupé en parties et partagé entre ses créanciers. Winckler explique que cette atrocité ne put jamais entrer dans la pensée des auteurs de la loi des Douze Tables, et que par la *sectio debitoris* il faut entendre la *sectio* des biens du débiteur.

Digitized by Google

Mais entre ces patients efforts de près d'un siècle, une coïncidence singulière se fait remarquer. Oudendorp, Postel, Hemming et Winckler tendent à un même objet, deviné plutôt que compris, mal précisé dans leurs esprits. D'où vient cette action simultanée d'écrivains demeurés vraisemblablement les uns aux autres inconnus? Comment expliquer cette communauté d'efforts vers un objet qu'on cherche sans le connaître, entrevu confusément? Il n'y a pas concert, et leurs efforts convergent au même but. C'est qu'ils étaient tous animés du même souffle de liberté qui se dégage de la Réforme. Toute grande commotion politique a son contre-coup dans les sciences morales. Quand la Réforme agita les peuples et les mit en présence des gouvernements, un esprit perspicace eût pu prévoir que le mouvement gagnerait bientôt la philosophie et le droit. A un siècle de là, en effet, Descartes et Grotius en sont nés.

Or ce qu'on vit dans la première période de la Réforme se reproduisit d'une façon plus marquée dans la seconde, au temps affreux mais fécond de la ligue. Alors tous les partis en armes furent mis en demeure de justifier chacun leurs prétentions sous le contrôle des partis contraires. Hothman, Duplessis-Mornay, Théodore de Bèze, et surtout l'auteur inconnu caché sous le pseudonyme de Junius Brutus, ont sondé jusqu'aux dernières profondeurs des mystères de la souveraineté. Quoi d'étonnant? Quand le terrain s'entr'ouvre dans de pareils cataclysmes, des esprits hardis s'approchent du gouffre et y plongent les yeux. C'est le temps des explorations audacieuses. De telles recherches ne sont pas sans danger, dit Postel : *De principatu rationem velle perquirere, periculo non caret;* moyen sûr pour tout perdre, dit Pascal. Mais quand le danger est présent, inévitable, le moyen le plus sûr est encore de l'affronter résolûment.

Il y a donc entre les grands agitateurs politiques et les mouvements de la pensée une relation nécessaire, toujours confirmée par l'histoire; et cela explique que nos auteurs, Postel et autres, se soient rencontrés sans se voir dans une même pensée de progrès. Les faits ont un aiguillon et un enseignement que rien ne peut suppléer; c'est l'école des penseurs originaux. Qui croira que Bossuet eût pénétré aussi profondément les conditions d'existence des États, dans son *Histoire des variations* et son *Avertissement aux protestants,* si les troubles de la Fronde n'en avaient mis les efforts à nu sous ses yeux? Qui

Digitized by Google

peut dire ce que Jurieu, Claude et leurs coreligionnaires durent, comme écrivains politiques, aux persécutions dont ils étaient les victimes ou les témoins! Qui ne sait ce que la science des droits politiques a gagné au spectacle des grands événements qui s'accomplirent entre la chute de l'ancienne monarchie en France et celle du premier empire, qui ferma la révolution? Et qui n'a vu combien la fermentation politique, d'il y a dix ans, fit monter d'idées fausses et vraies à la surface, celles-là tombant, celles-ci se maintenant d'une façon durable? Toujours la nécessité pour les partis d'utiliser leurs titres, dans les troubles politiques, a éte la cause de recherches qui ont profité au droit naturel et politique, de même que dans la vie commune, ce sont les procès qui font l'occasion des études approfondies sur les matières du droit civil.

Mais faut-il faire à ces écrivains, que nous exhumons, l'honneur d'une influence quelconque sur le mouvement de leur temps et des temps qui suivirent? Oui, répondrons-nous sans hésiter. Soit qu'ils aient exprimé leur pensée propre ou celle de leur époque, soit qu'ils aient été un bruit ou seulement un écho, ils ont fixé dans leurs livres des idées flottantes; ils en ont prolongé l'empire; ils ont préparé l'avénement de vérités que de plus grands qu'eux devaient proclamer avec autorité. Qu'importe que la filiation de leur doctrine ne puisse être suivie exactement jusqu'aux grands hommes qui, la trouvant dans les traditions, la transformèrent en l'améliorant? Ont-ils moins de mérite pour en avoir enrichi le patrimoine commun, au lieu d'y avoir conservé, d'une façon durable, le signe de leur nom, après l'avoir inventée ou recueillie? Un grain perdu, jeté au vent, fait germer une riche moisson : sans lui, la recueillerait-on?

Grotius et ses successeurs sont donc redevables à nos vieux philosophes d'une partie de leur gloire : on ne peut pas justement la leur conserver tout entière. Ils ont puisé des inspirations, sinon dans les livres mêmes, qu'ils ont pu ne pas connaître, au moins dans le courant que ces livres ont alimenté. La science de droit naturel, comme ces cours d'eau fameux, Seine, Danube, petits ruisseaux, à leur commencement, grands fleuves à leur embouchure, va se développer désormais librement; nos vieux philosophes doivent garder l'honneur de l'avoir commencée.

H. THIERCELIN.

Digitized by Google

ORIGINES ET PROGRÈS EN FRANCE DU DROIT COUTUMIER,

FÉODAL ET PRIVÉ,

SUR LA NATURE DES VENTES, ÉCHANGES ET PROMESSES DE VENTE JUSQU'AU TEMPS DE POTHIER.

Par M. Aubépin, substitut du procureur impérial au Tribunal civil de Nevers.

SOMMAIRE.

I. Nature de la vente en droit romain.
II. Nature du prix dans la vente et promesses de vente en droit romain.
III. De la vente dans le droit germanique.
IV. De la vente suivant le droit féodal.
V. Suite. Développement des idées en cette matière pendant les XIIIe, XIVe et XVe siècles.
VI. Théories des glossateurs sur les promesses de vente.
VII. Doctrine de Dumoulin sur les promesses de vente.
VIII. Distinction de la vente et de l'échange, et nature de la vente suivant Dumoulin.
IX. De la doctrine et de la jurisprudence sur les promesses de vente après Dumoulin.
X. Sur la maxime *promesse de vente vaut vente.*
XI. De la doctrine et de la jurisprudence sur la vente et l'échange après Dumoulin.
XII. Doctrine de Pothier en matière de vente.

I. *Nature de la vente en droit romain.* — La vente était sans contredit le plus important des contrats dans les matières féodales. Chaque aliénation du fief donnait ouverture, au profit du seigneur, à un droit de mutation ou de retrait, et, comme des divers modes d'aliénation la vente était le plus fréquent, les feudistes l'avaient prise pour type de l'aliénation en général, et s'étaient appliqués dès lors à en fixer nettement la nature et les caractères.

Le droit romain et le droit coutumier leur présentaient dans cette matière des principes opposés, la doctrine des glossateurs et des bartolistes d'inextricables controverses. Comment Dumoulin comprit-il les principes et trancha-t-il les controverses? Avant d'exposer la solution qu'il donna au problème, il faut étudier le problème lui-même.

Au point de vue de la nature de la vente, deux systèmes se partagent l'histoire du droit romain. Dès l'origine, la vente

Digitized by Google

porte l'empreinte du cachet que Rome imprimait alors à ses institutions; elle est exclusivement romaine : il faut être romain pour acheter ou vendre, romain pour assister comme témoin à la vente, et, si la mancipation n'est pas le seul moyen d'acquérir la propriété romaine, elle est du moins le plus efficace et le plus répandu, puisqu'on désigne de son nom la plénitude de cette propriété *mancipium*[1]. En retour, la vente se rapproche en un double point des principes du droit naturel. Elle attribue à l'acheteur la pleine propriété de la chose vendue, le *dominium ex jure Quiritium;* mais cette attribution, dont le germe se trouve dans le contrat, n'est pas complète sans une mainmise de l'acheteur sur la chose, mainmise qui est le plus souvent concomitante au contrat dans les ventes mobilières, quelquefois postérieures dans les ventes immobilières. D'un autre côté, par la publicité et la solennité des formes qui l'entourent, elle participe des caractères généraux qui affectent la vente dans les législations primitives[2].

Lorsque le droit romain perd sa rigueur antique au contact du droit des gens et sous l'influence civilisatrice des préteurs et des prudents, la vente tend à perdre sa nature exclusive. Le *commercium* qui va se communiquant aux latins juniens, aux latins coloniaires, puis à quelques étrangers, n'en réserve plus l'accès aux seuls Romains : les formes figurées de l'*in jure cessio* sont restreintes à quelques cas exceptionnels, la tradition prend un empire chaque jour plus grand[3]. L'introduction des contrats consensuels achève l'innovation, la vente du droit des gens vient se placer à côté de la vente du droit quiritaire, la lutte s'engage, et la nouvelle venue n'aura bientôt plus rien à envier à sa devancière[4]. Néanmoins le culte de Rome pour ses

[1] Gaius, *Comment.*, I, § 119. « ..... Quod et ipsum jus proprium civium » romanorum est, eaque res ita agitur, adhibitis non minùs quam quinque » testibus *civibus romanis* puberibus, et præterea alio *ejusdem conditionis* » qui libram æneam tenet. » — Ulpien, *Fragm.*, XIX, 4. — Boethius, *ad Ciceron. Topic.*, c. 8. (Il cite Gaius.)

[2] Gaius, *ub. sup.*, §§ 119 à 122. — Horace, *Epist.*, II, 2, 158, 159. — Sénèque, *Epist.*, 72. — Ulpien, *loc. cit.*, XIX, 6. — Hugo, *Hist. du droit romain*, § 94.

[3] Ulpien, *loc. cit.*, XIX, 4.

[4] Gaius, *ubi sup.*, II, 25, 41, 65. « ..... *Ferè semper mancipationibus utimur.* » Il explique ensuite pourquoi l'usage de la mancipation est plus fréquent que celui de l'*in jure cessio.*

Digitized by Google

institutions primitives ne saurait permettre que le domaine de l'une fût envahi par l'autre : chacune aura ses règles particulières. De là, pour la vente du droit des gens, un système anormal que sa filiation seule peut justifier.

Dans ce système, la vente à titre de contrat engendre pour le vendeur une obligation, non point celle de rendre l'acheteur propriétaire (on empiéterait alors sur le domaine de la mancipation), mais seulement celle de procurer à l'acheteur, au moyen de la tradition, la libre jouissance de la chose vendue, *imprimis ipsam rem venditorem præstare oportet, id est tradere*[1]. Or, la tradition d'une chose en général, quand elle est faite par le propriétaire de cette chose et en vertu d'un juste titre, en transfère le domaine à celui qui la reçoit. Dans le cas contraire, celui qui la fait ne fait rien, *nihil transfert;* mais, s'il ne fait rien quant à la translation de propriété, il donne à celui qui reçoit la tradition une possession qui, fondée sur un juste titre et fécondée par la bonne foi, pourra servir de base à une prescription[2].

Si le vendeur est propriétaire de la chose vendue, il en transfère par la tradition le domaine à l'acheteur. S'il n'a pas le domaine, il lui transmet seulement une possession fondée sur un juste titre, la vente, et susceptible de produire une acquisition par prescription après les délais de la loi et l'acheteur étant de bonne foi[3]. Mais, il faut le noter, de quelque manière que l'acheteur devienne propriétaire, il ne le devient pas par l'effet de la vente : dans le premier cas, la translation de propriété a sa source dans la tradition, *harum rerum*, dit Ulpien en parlant des choses *nec mancipi, dominia ipsâ traditione adprehendimus;* dans le second, elle dérive de la prescription[4]. Pourquoi ces anomalies? Parce que le vendeur n'est pas tenu de rendre l'acheteur propriétaire, et que, si ce dernier puisait

[1] L. 11, D., *De act. empti.*

[2] L. 20, pr. D., *De acq. rer. dom.;* L. 48, D., *De usucapionib.*

[3] Gaius, *Comm.*, II, 18, 19, 20. « ..... Res nec mancipi *nuda traditione* aba» lienari possunt, si modo corporales sunt, et ob id recipiunt traditionem..... » Si tibi vestem, vel aurum, vel argentum tradidero, *sive ex venditionis* » *causâ*..... sive quâvis aliâ causâ quâ fit ea res..... »

[4] Ulpien, *Regul.*, XIX, 7. — Il dit ailleurs : « Pro suo possessio talis est, » quum dominium nobis adquiri putamus, et ex eâ causâ possidemus ex » quâ adquiritur, et præterea pro suo : ut puta ex causâ emptionis et pro » emptore et pro suo possidet. » (L. 1, D., *pro suo.*)

Digitized by Google

son droit de propriété dans le contrat, la nature de la vente serait méconnue.

C'est précisément par ce point que la vente diffère de la stipulation; le vendeur n'est pas tenu à *dare*, comme le promettant, mais seulement à *præstare;* son obligation a pour objet, non point une translation, mais un fait, la tradition[1]. La vente même n'est vente qu'à ce prix, et, si le vendeur s'obligeait expressément à transférer le domaine, la convention passerait de l'ordre des contrats nommés dans celui des contrats innommés *do ut des*[2]. A cette obligation du vendeur les jurisconsultes donneront un nom qui, non plus que l'obligation elle-même, ne trouve de point de comparaison dans le droit général des obligations. Le vendeur, diront-ils, est tenu de faire en sorte que l'acheteur ait la libre possession de la chose vendue, *ut rem emptori habere liceat*[3]; et, précisant leur doctrine, ils ajouteront : *habere autem duobus modis dicitur, altero jure dominii, altero obtinere sine interpellatione id quod quis emerit*[4].

De là, plusieurs conséquences, anormales comme le principe même. La vente de la chose d'autrui n'est pas nulle de soi. Pourquoi? Ulpien répond : parce que c'est une vente, *namque emptio est et venditio*, c'est-à-dire un contrat qui n'altère en rien le droit du véritable maître[5]. — Le vendeur ne sera pas tenu de justifier à l'acheteur son droit de propriété; fût-il constant que la chose vendue appartient à autrui, si le vendeur a vendu de bonne foi et que l'acheteur jouisse paisiblement, il n'y a lieu à aucun recours, car le contrat reçoit son exécution; et, supposé que vienne un trouble ou une éviction, le vendeur ne sera tenu de garantir à l'acheteur que sa libre jouissance, *aliter enim non potest obligari*[6]. — Enfin, si la conséquence qui précède fait défaut dans le cas spécial où le vendeur a sciemment vendu la chose d'autrui, l'exception trouve sa source, non dans une déviation du principe, mais dans cette autre règle inhérente à la vente comme contrat de bonne foi, que le dol du vendeur l'expose à une action en dommages-intérêts de la part

[1] L. 25, § 1, D. *De contrah. empt.*
[2] L. 16, D., *De cond. caus. dat.*
[3] L. 168, D., *De verb. signif.*
[4] L. 30, § 1, D., *De act. emp.*
[5] L. 28, D., *De contrah. empt.*
[6] Paul, *Sentent.*, II, 17, 1.

Digitized by Google

de l'acheteur, et l'on n'accorde alors à ce dernier qu'une action utile, *utiliter me ex empto acturum putavit*[1].

Opposés jusqu'à présent, les deux systèmes se rencontrent en ce point que, dans l'un comme dans l'autre, la propriété, quand elle est transférée, ne l'est pas immédiatement par le seul effet du contrat, mais par une mainmise postérieure de la part de l'acheteur sur la chose vendue; à quelque époque qu'on se place, la maxime *traditionibus... dominia rerum, non nudis pactis, transferuntur*, est également vraie en droit romain[2]. De là cette conséquence, également vraie à toutes les époques, qu'entre deux acheteurs successifs d'une même chose, la possession appartient à celui qui le premier a été mis en possession par le vendeur[3].

II. *Nature du prix dans la vente et promesses de vente en droit romain.* — L'introduction des contrats consensuels dans la législation romaine n'amena pas seulement une variation dans la nature de la vente, elle amena en outre une séparation tranchée du domaine de la vente de celui de l'échange. Dès l'origine, il est vrai, le prix dans la mancipation devait être nécessairement monnayé : Gaius nous apprend que l'acheteur, après avoir frappé la balance de la pièce de monnaie, *œre*, remettait cette pièce au vendeur, *quasi pretii loco*[4]; mais tout porte à croire qu'il en fut autrement dans la vente du droit des gens, ou que tout au moins ce point juridique resta longtemps indécis. Justinien ne nous apprend-il pas que l'antiquité disait communément que la vente se faisait par l'échange des choses, *vulgò dicebatur permutatione rerum emptionem et venditionem contrahi*[5] ? Quand la vente, suivant l'expression d'Ulpien, passa au rang de contrat du droit civil et prit un nom, l'échange qui jusqu'alors s'était confondu avec elle tendit à la suivre. Cette tendance fut aidée par les Sabiniens dont l'esprit prudent se laissait guider par la tradition; elle fut combattue par les Proculéiens dont l'intelligence plus hardie demandait ses décisions à la logique[6]. Les empereurs Dioclétien et Maximin pronon-

[1] L. 30, D., *De action. empti.*
[2] L. 20, C., *De pactis.*
[3] L. 15, C., *De rei vindicatione.*
[4] Gaius, *Comm.*, I, 119.
[5] Instit., III, 24, 2.
[6] L. 1, D., *De contrah. empt.* — Le jurisconsulte Paul nous a transmis le

Digitized by Google

cèrent en faveur de la logique contre la tradition : le cadre des contrats nommés une fois rempli, les rangs ne pouvaient s'ouvrir à une convention nouvelle, quelque rapport qu'elle eût d'ailleurs avec les contrats privilégiés[1]. Les Proculéiens l'emportèrent, et dès lors la nature du prix fut la ligne de démarcation entre la vente et l'échange. On verra plus tard les feudistes réveiller, pour les besoins d'une hypothèse spéciale, la thèse oubliée des Sabiniens[2].

Il nous reste à parler des promesses de vente. Le terme juridique de promesse avait à Rome un double sens. Suivant le premier, spécial à la matière des obligations verbales, la promesse était la réponse à la stipulation qui était elle-même l'interrogation[3]. Suivant le second, général à toutes les obligations, la promesse était une simple offre qui n'avait pas le caractère d'une convention, et que les jurisconsultes qualifiaient de *nudam promissionem*, c'était la pollicitation[4].

Prise dans le premier sens, la promesse de vente pouvait présenter, soit une vente complète, soit une promesse de vente dans le sens que le droit moderne donne à ces expressions. Si le vendeur et l'acheteur stipulaient successivement, celui-ci que le vendeur lui ferait avoir la chose, objet du contrat, celui-là que l'acheteur le rendrait propriétaire du prix, alors le vendeur et l'acheteur avaient chacun l'action *ex stipulatu* pour faire exécuter la vente[5]. — Si l'acheteur, au contraire, stipulait du vendeur, non pas le *rem licere habere*, mais la vente même, il y avait alors promesse de vente et non plus vente, l'action *ex stipulatu* conduisait seulement à la vente, et non plus à la tradition.

Dans cette dernière hypothèse, deux cas pouvaient se présenter. Ou il pouvait se faire que le vendeur se contentât de répondre à la stipulation par une promesse, et alors on avait une convention identique à celle qui est aujourd'hui qualifiée

souvenir et les détails de cette lutte : Le droit naturel était pour les Sabiniens, *origo emendi vendendique à permutationibus cœpit;* ils alléguaient aussi Homère; la raison était pour les Proculéiens, *verior est Nervæ et Proculi sententia;* ils citaient également Homère.

[1] L. 7, C., *De rer. permutat.*

[2] L. 16, D., *De condict. caus. dat.* — L. 1, D., *De rer. perm.*

[3] Instit., III, 16, 1.

[4] L. 19, §§ 2 et 3, D., *De ædil. edicto.* — Paul, *Sentent.*, V, 12, 9.

[5] L. 19, §§ et 3, *De ædilitio edicto.*

Digitized by Google

de promesse unilatérale de vente. Ou il pouvait arriver que le vendeur, après avoir répondu à la stipulation de l'acheteur, stipulât à son tour de ce dernier un achat réciproque, la promesse était alors synallagmatique, comme on dirait aujourd'hui. Dans le premier cas, l'action *ex stipulatu* appartenait à l'acheteur seul; dans le second, elle était réciproque. Et si le vendeur, dans le premier cas, l'acheteur ou le vendeur, dans le second, refusait soit de vendre, soit d'acheter, l'action conduisait à une condamnation en dommages-intérêts contre le contractant rebelle, *tanti litem æstimari oportet, quanti actoris intersit*[1].

La même convention, avec les mêmes combinaisons, pouvait encore se présenter dans les pactes, ou plutôt dans les contrats innomés; mais, à moins que l'exécution de son obligation par l'un des contractants ne vînt donner une cause au pacte et le transformer en contrat innomé, elle demeurait sans effets, démunie de toute voie de droit[2].

Prise dans le sens d'une pollicitation, la promesse de vente était une offre du vendeur, c'est-à-dire l'acte d'une volonté isolée qui ne pouvait passer à l'état de convention qu'à la condition d'être complétée par l'acceptation de l'acheteur : *pactum est duorum consensus atque conventio, pollicitatio vero unius offerentis promissum*[3].

Il serait inutile de chercher dans une autre sphère des assimilations sur ce point entre le droit romain et le droit français. En vain interrogerait-on l'hypothèse où les parties ont contracté avec la condition de rédiger ensuite un acte écrit, celle où des arrhes ont été données, celle encore où des conventions simplement préparatoires sont intervenues en vue d'un acte futur. Dans tous ces cas, à quelque époque qu'on se place, soit avant Justinien, soit après lui, on trouve des conventions, il est vrai; mais tantôt des conventions complètes, tantôt des conventions imparfaites dont l'existence conditionnelle repose sur une vente future. La seule hypothèse qui se rapproche en quelques points de la promesse de vente telle que nous la comprenons aujourd'hui est prévue par Justinien dans son code, (l. 17 *De fide instrum.*), et dans les Institutes (III, 24, pr.); il s'agit des ventes dont les parties sont convenues de passer acte, *in*

[1] L. 111, § 1, D., *De verb. obligat.* — L. 28 et 35, § 2, D., *eod. tit.*
[2] L. 7, §§ 1, 2, D., *De pactis.* — L. 1, §§ 1, 2, 3, D., *De rer. permut.*
[3] L. 3, D., *De pollicit.*

Digitized by Google

iis quæ scripturâ conficiuntur; mais Justinien décrète que ces ventes resteront à l'état de conventions imparfaites jusqu'à la signature de l'acte écrit, *non aliter perfectam esse venditionem et emptionem constituimus, nisi et instrumenta emptionis fuerint conscripta...*[1]. Et nous verrons ailleurs que les promesses de vente, telles que les comprenait l'ancien droit français, étaient toujours des conventions parfaites.

III. *De la vente dans le droit germanique.* — Les caractères communs qui réunissent en certains points la plupart des législations primitives, révèlent des rapports frappants entre la mancipation romaine et la vente germanique. Dans les sociétés naissantes, la solidarité qui lie tous les membres entre eux donne une importance particulière aux actes qui sont de nature à modifier la condition civile de chacun; en même temps, l'ignorance des premiers âges et la violence des mœurs jettent dans les rapports sociaux une incessante perturbation. A ces actes dès lors il faut une publicité qui leur assure la sanction de la communauté, une solennité qui en fixe le souvenir dans les esprits. Nécessaires pour tous les cas, ces garanties le sont principalement pour les transmissions de la propriété qui n'a le plus souvent, dans ces temps de désordre, d'autre protection que la force.

A Rome, la mancipation se faisait originairement devant les comices; plus tard, les cinq classes de l'assemblée du peuple furent remplacées par cinq témoins citoyens et pubères. Gaius lui-même nous apprend que ses formes étaient symboliques, *mancipatio... imaginaria quædam venditio*[2]. S'agissait-il de ventes mobilières, l'acheteur saisissait la chose et prononçait la formule sacramentelle qui attestait son domaine sur cette chose; puis, il frappait la balance que tenait le *libripens* d'une pièce de monnaie qui représentait le prix et qu'il remettait de suite au vendeur, *quasi pretii loco.* Dans les ventes immobilières, les mêmes formalités s'accomplissaient probablement sur un symbole de la chose vendue, une motte de terre ou de gazon par exemple[3].

[1] L. 17, C., *De fide instrum.* — Instit., III, 24, princ. — Cf. Gaius, *Comment.*, III, 139.

[2] Gaius, *Comm.*, I, § 119. — Ulpien, *Regul.*, XIX, 3 et 6.

[3] Boethius, *ad Cicerón.*, loc. cit. sup. — Ulpien, *loc. cit.* : « Res mobiles » non nisi præsentes mancipari possunt, *et non plures quam quot manu*

Digitized by Google

Suivant le droit germanique, l'assemblée du canton ou de la centène est réunie par le centenier qui la préside avec les insignes de son pouvoir; le donateur jette dans le sein du donataire un rameau en signe de transmission, et désigne en même temps les biens dont il se dépouille; le donataire occupe aussitôt la maison du donateur, y fait acte de maîtrise en y recevant trois hôtes, et prend possession des biens qui lui ont été donnés, le tout devant témoins. Avant l'expiration de l'année, dans un mall général ou en présence du roi, le donataire doit rendre au donateur tout ce qu'il en a reçu, et il doit être de nouveau saisi par le jet du rameau[1].

La mancipation n'était pas une forme d'aliénation spéciale à la vente, on la retrouvait dans le mariage *per coemptionem*, dans l'adoption, dans l'émancipation, dans une certaine espèce de testament[2]. Les solennités de la *laisuwerpitio* ne sont pas spéciales à la donation, on la retrouve dans tous les actes qui tendent à séparer l'individu de son patrimoine ou de la communauté[3].

Quand les lois barbares virent le jour, la mancipation n'existait plus dans le droit romain qu'à titre de fiction; les actes de vente se faisaient par écrit et en présence de témoins. Le principe de personnalité qui dominait le droit barbare, laissa subsister, à côté des formes symboliques qu'il consacrait, les formes plus simples du droit romain. Suivies par l'Église qui conservait alors les derniers vestiges de la civilisation, protégées par les garanties qu'elles renfermaient, ces formes tendirent à modifier celles du droit germanique : de cette tendance et de la réaction qui la suivit, résultèrent des transformations qu'attestent tous les monuments de l'époque[4].

La forme écrite se mélangea dans le droit barbare à la forme symbolique ; celle-ci pénétra de son côté jusque dans les écrits du droit romain. La loi Ripuaire prévoit le cas où l'acheteur

» *capi possunt;* immobiles autem etiam plures simul et quæ diversis locis » sunt, mancipari possunt. »

[1] *Lex salica*, tit. 48 (Walter, I, 67). — Ducange, v° *Laisuwerpire*. — Spelman, *Gloss. latin. barb.*, v° *Affatomia*.

[2] Gaius, comm. I, §§ 117-120, 123, 132, 134; comm. II, §§ 104, 113.— Ulpien, *loc. cit.*, XX, 1. — Aulu-Gelle, *Noct. attic.*, lib. V, cap. 19.

[3] *Lex salica*, tit. 61, § 1 (Walter, I, 81); tit. 63, § 1 (Walter, I, 83).— *Formulæ Lindenbrogii*, XVIII, LVIII, CLII, CLV (Walter, III, 418, 428, 450, 451).

[4] Formulæ Longobardicæ, VIII, IX, XII, XXII (Walter, III, 551, 552, 557).

Digitized by Google

dénie l'acte de vente, *testamentum venditionis;* elle veut qu'alors le payement du prix, la tradition de la chose et la rédaction de l'acte se fassent dans l'assemblée du peuple, *in mallo,* avec l'assistance spéciale de sept ou de douze témoins, selon l'importance de la vente[1]. Dans les cas ordinaires, la tradition des immeubles et le payement du prix doivent se faire sur les lieux mêmes, en présence de témoins; l'acheteur amène avec lui un certain nombre d'enfants à qui il donne des soufflets, *ut si in postmodum testimonium præbeant*[2]. Le même usage se retrouve dans la loi des Bavarois, cependant toute pleine de souvenirs romains, dans la matière de la vente spécialement; elle a un titre *Si testem habuerit per aurem tractam,* et l'on y trouve sur les donations à une église des dispositions toutes romaines mélangées de souvenirs germaniques[3]. La loi des Allemands ne reconnaît à l'encontre de l'Église d'autres titres de possession que les écrits : les donations faites à une église sous son empire sont établies par un écrit, *per chartam,* que le donateur dépose sur l'autel en présence du prêtre qui la dessert, *coràm sacerdote... super altare ponat*[4].

Les formalités symboliques de la tradition, accomplies dans l'origine devant témoins, deviennent, comme la vente, l'objet d'actes écrits qui les constatent, et l'on trouve des formules de tradition à côté des formules de vente. Ces actes établissent que le vendeur s'est dépouillé de la chose vendue en jetant le rameau à l'acheteur, et que celui-ci s'en est investi, *per herbam et terram* s'il s'agit de fonds de terre, *per ostium vel anaticula* s'il s'agit d'édifices[5]. Quelquefois même ils énoncent qu'on attache à l'acte une partie ou un fragment des objets symboliques qui ont figuré dans la tradition, comme pour en attester la réalité par un témoignage sensible, *et mitte atra-*

[1] Lex Ripuariorum, tit. 59, § 1 (Walter, I, 182).

[2] Lex Ripuariorum, tit. 60, § 1 (Walter, I, 184).

[3] Lex Bainvariorum, tit. 1, cap. 1; tit. 15, cap. 2; tit. 16, cap. 2 (Walter, I, 243, 282, 286).

[4] Lex Alamannorum, tit. 1, cap. 1; tit. 19 (Walter, I, 198, 205). — Cf. Lex Burgundioruu, tit. 43, 1; tit. 60 (Walter, I, 324, 334). — Savigny, *Histoire du droit romain*, t. II, ch. 9, §§ 30 et 31.

[5] Appendix Marculfi, XIX, XX, LVII. — Formulæ Lindenbrogii, *loc. cit. sup.* — Formul. Longobard., *loc. cit. sup.* (Walter, III, p. 354, 371, 418, 428, 450, 451, 551, 552, 557.)

Digitized by Google

mentum super chartulam[1]. On voit encore par leur contexte que la tradition a lieu, dans l'origine en présence des hommes libres composant l'assemblée du canton, *antè ipsos bonos homines*, plus tard devant le comte, *coràm comite*, et devant les scabins, *coràm scabinis*, ou devant le roi, *coràm rege*, ou ses envoyés, *aut misso dominico*[2]. Enfin on retrouve les formes figurées de la tradition dans les actes les plus variés, l'adoption, la donation, l'échange, le partage, la concession de bénéfices, la recommandation, le précaire[3].

Les actes de vente rédigés suivant la loi romaine présentent un autre aspect : la formule en est presque constamment uniforme, *per hanc venditionem à die præsente trado atque transfundo ;* dans les actes rédigés par les clercs, le vendeur se charge lui-même ou charge ses héritiers d'imprécations pour le cas où ils viendraient à méconnaître le contrat[4]. Le plus souvent on ne fait qu'un seul et même acte pour la vente et la tradition ; quelquefois cependant on trouve des actes de tradition *secundùm legem romanam*, dont la formule diffère peu de celle qui précède, *trado et tradidisse me constat...*[5]. La tradition, comme la vente, a lieu sans autre solennité et sans autre publicité que la présence de témoins qui apposent leurs signatures au pied de l'acte, à côté de celles du vendeur et de l'acheteur[6]. Néanmoins la forme romaine ne demeure pas toujours intacte : la tradition des choses données ou vendues à l'église a lieu parfois *per herbam et cespitem*, ou encore *per festucam atque per andelangum* ; ailleurs le donateur se dépouille en faveur d'un monastère *per durpilum et festucam*, et dé-

[1] Formul. Longobard., VIII, IX (Walter, III, 550, 551).

[2] Appendix Marculfi, XIV, XIX. — Formulæ Alsaticæ, II. — Leges Longobard. Caroli Magni; XCIV. — Leges Longobard. Ludovici Pii, XIV. (Walter, III, 352, 354, 525, 598, 625.)

[3] Marculfi formul., lib. I, XIII. — Appendix Marculfi, XXXIX. — Formul. Lindenbrog., LVIII. — Formul. Alsatic., I. — Formul. Longobard., VII, XII, XIII, XV, XVI, XVIII, XIX, XXII, (Walter, III, 296, 362, 428, 524, 550, 552, 553, 554, 555, 557.)

[4] Marculfi formul., lib. II, XIX, XX, XXI, XXIII, XXXVII. — Formulæ Sirmondicæ, VIII, IX, XXVI. — Formulæ Bignonianæ, III, XIX. — Formul. Baluzianæ, VII, XXVII. — Savigny, *loc. cit.*, t. I, ch. 5, § 106.

[5] Formul. Sirmond., XV. — Formul. Lindenbrog., LXXX. (Walter, III, 381, 436.)

[6] Isonis formulæ, XLIV à LXIX (Walter, III, 484 à 487).

Digitized by Google

guerpit les biens donnés *et omnia wirpivit*[1]. Les monuments des pays romains, du midi de la France et de l'Italie, offrent enfin de nombreuses traces de l'influence germanique dans cette matière[2].

La vente germanique se rapproche du droit naturel quant à ses effets, de même que de la mancipation quant à ses formes. Elle ne présente aucun vestige de la théorie anormale du droit romain des préteurs ; l'acheteur avant la tradition a les mains vides, c'est la tradition qui les lui garnit, *vestita est manus illius cui tradidi*[3], pourvu qu'elle soit faite dans les formes légales, *traditio legitima*[4]. Une simple mise en possession ne saurait suffire, le vendeur se trouvât-il dans l'impossibilité de faire la tradition solennelle, en raison par exemple de son éloignement du comté où sont situées les choses vendues : dans ce cas, il devra donner caution à l'acheteur de l'investir ultérieurement devant le comte et les scabins[5]. — Il faut de plus que la tradition soit faite par le propriétaire de la chose, autrement elle est sans valeur ; entre deux traditions légitimes la première l'emporte, et, s'il y a conteste, le différend se vide par le serment, la preuve écrite, ou le combat, selon la loi sous l'empire de laquelle il s'élève[6]. — Ainsi faite, la tradition ne suffit pas encore à transférer le domaine de la chose vendue ; le droit de l'acheteur doit être complété par la possession annale de la chose vendue, et de deux acquéreurs successivement investis d'une même chose, celui-là l'emporte qui a pour lui la possession d'une année. Dans une société naissante, où toute la preuve est testimoniale, preuve de sa nature incertaine et passagère, la marque la plus certaine de la propriété, c'est la possession[7]. »

[1] Appendix Marculfi, XLIII. — Formul. Lindenbrog., XVIII, CLV. — Formul. Baluzianæ, XXX. (Walter, III, 354, 417, 451, 473.)

[2] Laboulaye, *Histoire du droit de propriété*, appendix Q et R. — Savigny, *loc. cit.*, t. II, ch. 14, § 86.

[3] Lex Bainvariorum, tit. 17, cap. 2 (Walter, I, 287).

[4] Leges Longobardicæ Ludovici pii, § 14. — Leges Longobardicæ Guidonis, § 13 (Walter, III, 625, 663).

[5] Capitular., ann. 819, cap. prim., § 6 (Walter, II, 331).

[6] Leges Longobardicæ Guidonis, § 5. — Leges Longobardic. Caroli Magni, § 78. (Walter, III, 595, 663.) — Lex Bainvariorum, tit. 17, cap. 2. — Lex Alamannor., tit. 84. — Lex Burgund., tit. 45. — Lex Ripuarior., tit. 59. (Walter, I, 287, 226, 324, 182.)

[7] Baluze, *Capitul. reg. franc.*, t. II, p. 335. — Laboulaye, *Histoire du droit*

Digitized by Google

Non-seulement la vente germanique répudie les principes de la vente romaine, mais on serait même tenté de croire, en examinant les actes et les formules rédigés suivant le droit romain, que la théorie anormale du droit des préteurs est oubliée. On n'en trouve plus de traces nettement accusées que dans les sources proprement romaines; et les dispositions qui se rencontrent éparses dans les lois barbares et les capitulaires sur la vente de la chose d'autrui, la vente de la chose volée et l'assimilation de la vente à l'échange, prouvent assez qu'on a pris le plus souvent des jurisconsultes romains plutôt la forme dont ils ont revêtu certains principes que ces principes eux-mêmes [1].

IV. *De la vente suivant le droit féodal.* — Quand la révolution qui consomma la chute des carlovingiens eut transformé le bénéfice en fief, développé la censive et réduit l'alleu à une existence toute nominale, les principes du droit germanique sur la vente suivirent la propriété dans les trois sphères où elle se trouvait ainsi répartie, et s'accommodèrent à sa nouvelle manière d'être.

Dans les fiefs et dans les censives, le vassal et le censitaire n'ont sur la terre concédée qu'un domaine utile, le domaine direct qui reste au seigneur rappelle en ses mains, par la nature même des choses, le droit qu'il a octroyé, lorsque le lien qui constitue ce droit vient à être brisé. Le vassal vend-il le fief, le censitaire aliène-t-il la censive, il rapporte au seigneur la terre qu'il tient de lui et le prie d'en investir son acquéreur. C'est du seigneur et non du vendeur lui-même que celui-ci doit tenir son titre. Le seigneur réunit sa cour, comme le centenier assemblait autrefois le mall, et la transmission du domaine se consomme suivant des formes où les souvenirs germaniques revivent tout entiers. Il en est autrement pour les alleux, terres libres par excellence, dans les pays où ils se sont conservés; leur transmission a lieu devant les magistrats de la cité, et c'est le vendeur qui en investit directement l'acheteur.

de propriété, liv. III, chap. 4. — Parieu, *Études histor. et critiq. sur les actions possessoires*, chap. 4.

[1] Lex Bainvariorum, tit. 15, cap. 1 et 8; — Edictum Rotharis, § 232. (Walter, I, 282, 283, 725.) — Capitular., lib. V, cap. 344, 347, 365; lib. VI, cap. 152; lib. VII, cap. 298, 318, 355. (Walter, II, 573, 576, 617, 741, 744, 750.) — Chartularium Saviniacense, §§ 224, 256, 849, 941. — Chartul. Athanacense, §§ 48, 60. — Chartulaire de Saint-Bertin, §§ 3, 11 et 18.

Digitized by Google

Les formes les plus variées président à la transmission des fiefs : tantôt c'est le rameau, *per ramum et cespitem*, tantôt la terre et le gazon, *per wasonem*, tantôt la paille, *per festucam*, ailleurs le bâton, *per baculum, per fustem*, qui sont employés comme symboles [1]. Ailleurs encore on brise la paille, et l'on en attache un fragment au titre qui constate la transmission [2]. Une grande publicité est assurée à ces actes, et des témoins sont spécialement appelés à y concourir; quelquefois même, par un souvenir tout vivant de la loi ripuaire, on leur donne des soufflets, *ob causam memoriæ* [3]. L'église est investie d'ordinaire *per chartam super altare, per claves ecclesiæ, per clocas;* les chanoines par le livre, les abbés par le bâton, les évêques par le bâton et l'anneau [4]. Mais dans tous ces cas, la tradition seule transfére à l'acquéreur le domaine utile du fief : « qui » reset dou que l'on li face ou de fié ou d'autre choze, et celui à » qui l'on fait le don n'en a aucune teneure ou aucune usage, ou » autre pour lui en son non, n'est nient valable, *tout l'on ait* » *saisi par une verge;* car li don n'en aura esté *que en dit et* » *non en fait* [5]. » A côté de la tradition qui constitue la translation du domaine, se place dans les fiefs l'investiture qui crée le lien féodal; ces deux cérémonies, quelquefois confondues ne s'en séparent pas moins dans leurs formes et dans leurs effets [6].

AUBÉPIN.

(*La suite à une prochaine livraison.*)

[1] Ducange, v^is *Festuca*, *Andelangus*, *Feudum*. — Galland, *Franc-aleu*, chap. 20. — Brodeau, *sur Paris*, art. 50, n°s 7, 8, 9, 10, 11, 12 ; art. 69, n°s 3, 4; art. 82, n°s 2 à 6.

[2] Ducange, v^o *Feudum*.

[3] Chartul. de Saint-Père de Chartres (éd. Guérard), *Prolégom.*, n° 218, n. 6; lib. I, cap. 20; lib. III, cap. 81; lib. II, cap. 55; lib. III, cap. 14.

[4] Galland, *loc. cit.*, cap. 20; il rapporte un passage de saint Bernard.

[5] Clef des assises de la haute Cour, n° 193 (Assises de Jérusalem, édit. Beugnot).

[6] Philippe de Navarre, ch. 27 (édit. Beugnot). — Jean d'Ibelin, ch. 185.

Digitized by Google

EXAMEN DOCTRINAL

De la Jurisprudence des Arrêts et des Auteurs

SUR LES VENTES DES MEUBLES CORPORELS OU INCORPORELS EN CAS DE BÉNÉFICE D'INVENTAIRE.

Par M. COIN-DELISLE, avocat à la Cour impériale de Paris.

(*Suite et fin*[1].)

SOMMAIRE.

55. Transition à l'examen des formes imposées par le titre *de la Vente du Mobilier*. — Quelques mots sur l'article 945.
56. Formes de constatation de la publicité.
57. Explication de l'article 946, quant à la partie requérante et à l'officier public.
58. De la nécessité de l'ordonnance du président.
59. Les auteurs rejettent cette ordonnance comme superflue. — Leurs arguments.
60. Réponse aux deux premiers arguments : l'ordonnance est utile, et implicitement demandée par l'article 989.
61. Réponse au troisième argument tiré de l'article 986 du Code de procédure et de l'article 796 du Code civil.
62. Réponse à l'argument tiré de l'article 945 du Code de procédure et de l'article 826 du Code civil.
63. Réponse à l'argumentation tirée du tarif de 1807.
64. Conclusion. L'ordonnance du président est requise pour toutes ventes judiciaires du mobilier d'une succession, corporel ou incorporel.
65. Sur l'article 947;
66. Sur l'article 948;
67. Sur l'article 949;
68. Sur les articles 950 et 951 du Code de procédure.
69. On attaquera cette doctrine comme trop uniforme et dangereuse, à cause des formalités auxquelles elle soumet l'héritier bénéficiaire.
70. Réponse à cette objection.
71. Transition aux décisions de détail; et d'abord de la première vente après décès.
72. Si les grains et autres denrées trouvés lors de l'inventaire peuvent se vendre de gré à gré au prix des mercuriales.
73. La vente des fruits pendants par racine au temps de l'ouverture de la succession est libre de toutes formes.
74. Ainsi que toutes les récoltes subséquentes.
75. Des coupes ordinaires de bois.
76. Des coupes arriérées de taillis.
77. Des coupes de futaies.

[1] V. plus haut, p. 97.

Digitized by Google

78. De la futaie qui doit être abattue pour cause de dépérissement.
79. De la vente d'un bâtiment sur pied.
80. De la vente détachée des meubles qui se trouvent immeubles par affixion ou par incorporation.
81. Des meubles devenus immeubles par le placement qu'en a fait le propriétaire dans son immeuble.
82. Des carrières ouvertes par le défunt sur le sol d'autrui.
83. Comment procéder si l'héritier veut continuer l'exploitation.
84. Des carrières ouvertes sur le fonds du défunt.
85. Vente des rentes sur particuliers.
86. Rentes sur l'État. Loi du 24 mars 1806 sur les rentes des mineurs et interdits.
87. Sens de cette loi.
88. Avis du Conseil d'État sur les rentes appartenant à des héritiers bénéficiaires.
89. Qui doit leur donner l'autorisation?
90. Des actions de la Banque de France.
91. Il faut rentrer dans notre système général pour toutes autres valeurs mobilières.
92. Des offices, et des ouvrages littéraires que le défunt n'a pas publiés.

55. Ceci posé, nous verrons quelles sont les formes imposées à l'héritier bénéficiaire par le titre V du Code de procédure civile pour la vente des meubles corporels ou incorporels.

Nous avons été forcés d'expliquer l'article 945 ; nous ne reviendrons donc pas sur la nécessité, pour les uns comme pour les autres, du nombre d'affiches et d'insertions fixés pour les ventes par suite de saisie-exécutions; et comme les ventes de droits incorporels sont souvent des objets précieux, on peut dans l'usage faire trois appositions d'affiches, et trois insertions aux journaux pour certains droits incorporels; en tenant cependant que l'analogie n'est pas obligatoire, et que la vente ne serait pas nulle faute de l'avoir suivie, sauf dommages-intérêts, s'il y avait faute.

56. Il faut dire encore contre l'opinion commune que, dans toutes ces ventes, les publications et affiches doivent être, selon l'article 649, constatées par exploit d'huissier, auquel un exemplaire du placard est annexé, même quand les ventes sont faites par un notaire. Le Code de procédure est une loi générale; et comme elle est postérieure au Code civil, elle ne permet plus, même aux notaires, de se borner aux seules formes prescrites par le Code civil.

57. D'après l'article 946, la vente se fait à la réquisition d'une des parties intéressées et par officier public, c'est-à-dire par un

Digitized by Google

notaire, quand il s'agit de droits incorporels, à moins qu'une loi spéciale n'appelle une autre classe d'officier au droit de vendre ou d'opérer le transfert, comme en matière de rentes sur l'État.

Quand il y a plusieurs héritiers bénéficiaires dans une même succession, la vente peut se faire sur la réquisition d'un seul d'entre eux.

58. D'après le même article, la vente doit se faire en vertu de l'ordonnance du président du tribunal de première instance.

La raison de cette disposition est simple. La vente a le caractère judiciaire. Il faut donc qu'elle ait été ordonnée par la justice.

Si autrefois l'ordonnance n'était pas requise, c'est que, faute de vendre les meubles en justice, l'héritier n'encourait pas la peine d'être réputé héritier pur et simple [1].

Le Code civil ne l'avait pas ordonné non plus : mais le Code de procédure est formel par son renvoi de l'article 989 au titre *de la Vente du Mobilier* : il comprend donc par ce renvoi toutes les dispositions législatives écrites dans ce titre V.

Si notre explication de l'article 989 en ce qui concerne les meubles incorporels est conforme à la loi, l'autorisation du président est d'autant plus nécessaire, qu'il eût été imprévoyant de ne pas soumettre à un magistrat l'intention de vendre des valeurs importantes, peut-être dans un temps où il n'y aurait ni nécessité ni opportunité.

Même en matière de meubles corporels, il y aurait imprévoyance de laisser l'héritier bénéficiaire vendre, sans autorisation, des effets précieux dans un temps inopportun : par exemple, une galerie de tableaux à la fin de septembre, quand tous les amateurs et les acheteurs sont en voyage ou à la campagne pour leurs affaires ou pour leurs plaisirs.

La fonction du président n'est pas une fonction passive. Il est

[1] Il y a plus : l'usage constant au Châtelet était que la première vente générale des meubles par l'héritier bénéficiaire se fît sans que l'héritier prît aucune autorisation de justice. L'autorisation pour la vente *des meubles sujets à dépérir* n'était requise que de la part de l'héritier qui n'avait pas encore pris qualité : celui qui avait accepté bénéficiairement n'en avait pas besoin. On comprend dès lors que *les praticiens* ont suivi sous le Code de procédure leurs anciennes habitudes, surtout en n'entendant le mot *Mobilier* que des meubles corporels.

Digitized by Google

de son droit et quelquefois de son devoir de se faire expliquer les motifs de la vente, les besoins qui la nécessitent, et même de refuser son ordonnance. C'est comme juge qu'agit le président quand il rend une ordonnance sur requête.

59. Cependant l'opinion contraire règne, surtout chez ceux qui pensent que l'article 989 ne s'applique pas aux meubles incorporels. La plupart des auteurs ont suivi les traces de Toullier, de Carré et de Thomine Desmazures, noms chers à la science du droit, et ont pensé que l'héritier bénéficiaire n'a pas besoin de requérir cette ordonnance, même pour la vente des meubles corporels, et nous avons vu avec regret que M. Demolombe se soit laissé entraîner par ces respectables autorités. Les raisons que les auteurs ont donné de cette opinion sont, 1° que l'héritier bénéficiaire étant tenu de vendre aux enchères, il serait inutile d'inventer une formalité superflue, si peu coûteuse qu'elle fût; 2° que ni l'article 805 du Code Napoléon, ni l'article 989 du Code de procédure n'ont pas exigé cette ordonnance; 3° que les articles 796 du Code Napoléon et 986 du Code de procédure exigeant cette formalité de l'héritier qui n'a pas encore pris qualité, indiquent suffisamment que l'héritier bénéficiaire peut agir autrement, lui, qui est propriétaire, et dont les droits sont plus étendus que ceux du successible délibérant; 4° que si l'article 946 du Code de procédure civile exige cette autorisation, c'est qu'il se réfère au cas spécial où il s'agit vendre les meubles de la succession contre la règle du partage en nature; 5° et enfin que l'article 77, § 12, du tarif du 10 février 1807 n'alloue pas à l'avoué de l'héritier bénéficiaire de taxe pour la requête d'autorisation, tandis qu'il en alloue une à l'avoué de l'habile à succéder qui veut vendre sans attribution de qualités.

60. Le lecteur intelligent prévoit que nous répondrons à la première partie de cette argumentation par ce que nous avons déjà dit n° 54 sur l'exéquation complète opérée par l'article 889 et par l'article 1000 du Code de procédure, entre les ventes par l'héritier sous bénéfice d'inventaire ou par le curateur à la vacance, et les ventes à faire dans le Code de l'article 945. S'il y a un texte qui ordonne l'exéquation de formalités entre ces ventes, et que l'article 946 commande de prendre l'autorisation du président, nous n'inventons pas la formalité; c'est la loi elle-même qui l'ordonne pour tous les cas de *vente du mobilier* d'une succes-

Digitized by Google

sion. D'ailleurs, l'héritier bénéficiaire *n'est pas tenu* de vendre; et l'article 805 n'a d'autre objet que de lui prescrire quelle forme il doit suivre, quand il se décide à vendre.

Nous répondrons à la seconde partie que l'article 805 du Code civil n'avait effectivement rien dit sur ce point; mais que l'article 989 du Code de procédure prescrit implicitement de requérir l'autorisation du président, puisqu'il renvoie au titre V *de la Vente du Mobilier*, qui l'exige formellement par l'article 946.

61. Quant au troisième argument, qui paraît plus sérieux en ce qu'on signale que l'héritier bénéficiaire a des droits plus parfaits que l'héritier délibérant, nous répondrons 1° que de ce que la loi, après avoir dit d'une manière générale dans l'article 946 que la vente du mobilier devrait se faire en vertu d'une ordonnance du président, et aurait répété spécialement cette règle dans l'espèce de l'article 986, on ne pourrait logiquement en induire qu'il fallait, dans tous les cas spéciaux de vente du mobilier, que le Code répétât la nécessité d'obtenir une ordonnance. Une redite dans un cas particulier n'a jamais été une abrogation de la règle générale.

2° Que si nous dispensons l'héritier bénéficiaire de requérir ordonnance parce qu'il a des droits plus parfaits que l'héritier délibérant, nous serons forcés d'en dispenser aussi le curateur à succession vacante et le tuteur qui au cours de la tutelle voudra vendre des effets mobiliers appartenant à son pupille. Certes, ils n'ont pas autant de droits que l'héritier delibérant... En expliquant le Code par des arguments de détail, au lieu de chercher à en saisir l'ensemble, on s'expose à des décisions incohérentes.

3° Que l'article 986 contient, non pas une redite, mais un développement nécessaire de l'article 796 du Code Napoléon. Cet article dit que « s'il existe dans la succession des objets suscep-» tibles de dépérir ou dispendieux à conserver, l'héritier [qui » n'a pas encore pris parti] peut en sa qualité d'habile à succé-» der, et sans qu'on puisse en induire de sa part une acceptation, *se faire autoriser par justice* à procéder à la vente de ces » effets. » Qu'avait donc le Code de procédure à régler sur ce point? Il avait à déterminer à quelle autorité judiciaire s'adresserait l'héritier délibérant. Sera-ce au tribunal par un jugement sur requête? Non. Ce sera au président, parce qu'un jugement

Digitized by Google

sur requête entraînerait trop de frais. Sera-ce au président du lieu où se trouvent actuellement les effets à vendre? Non, parce qu'il est de principe général que toutes les demandes relatives à une succession soient portées au lieu de l'ouverture de la succession. Tel était l'objet des questions présentées au législateur; tel a été le but de sa double réponse : « Il présentera, à » cet effet, requête au président du tribunal de première in- » stance du lieu dans le ressort duquel la succession est ou- » verte. »

Puisque cet article 986 n'est pas même une redite de l'article 946, puisque c'est une réponse spéciale à une question non résolue par l'article 796 du Code civil, et un complément donné spécialement à cet article par le Code de procédure, loi organique du Code civil, il n'a été donné que pour le cas particulier dont s'occupait l'article 796, sans aucune intention relative aux *Ventes du mobilier*, et par conséquent sans intention restrictive de l'article 946, qui est général pour toutes les ventes du mobilier d'une succession où il y a des tiers intéressés.

Donc, cet article 986 est sans influence sur l'interprétation de l'article 946, et n'empêche pas qu'il doive être présenté requête quand les ventes se font à la requête d'un héritier bénéficiaire, d'un curateur à la succession vacante, ou d'un tuteur au commencement ou dans le cours de la tutelle.

62. Quant au quatrième argument, ce n'est qu'une répétition du système, une pure battologie. Le voici dans toute sa pureté. L'article 945 vise l'article 826 du Code civil; l'article 946 n'est qu'une suite nécessaire de cet article 826 et ne peut pas s'appliquer à d'autres cas.

Nous avons dit que c'était une pure battologie, parce que l'opinion contraire à la nôtre répète sur tous les tons qu'il faut, outre l'article 946, une disposition spéciale pour qu'on s'adresse au président; tandis que nous disons : la disposition est générale; elle est conçue en termes généraux, et tous les renvois faits au titre V comprennent ce titre tout entier.

Mais entrant plus profondément dans cet article 826 du Code Napoléon, nous demanderons à nos lecteurs : Où est-il placé dans la loi décisoire, dans le Code civil qui règle le fond du droit? Il est placé au titre *des Successions*, chap. VI, sect. 1re, *De l'Action en Partage*. Or le partage peut se faire entre héritiers purs et simples, ou entre héritiers bénéficiaires, ou entre héritiers

Digitized by Google

des deux qualités différentes. Donc l'article 826 n'est pas écrit *exclusivement* pour les héritiers purs et simples; il est écrit aussi pour les héritiers sous bénéfice d'inventaire; il n'est même pas écrit *pour les majeurs seulement*, il l'est aussi pour les mineurs; car un tuteur peut, suivant les circonstances, préférer le partage des meubles en nature à la vente des meubles au placement du prix. On ne peut pas restreindre une loi générale à une espèce, quand par ses termes elle peut s'appliquer à toutes.

Or, si l'article 826 s'applique aussi bien à l'héritier bénéficiaire qu'à l'héritier pur et simple, à l'héritier mineur qu'à l'héritier majeur, il en faut conclure que les ventes prévues par l'article 826 comprennent les ventes du mobilier de la succession par bénéfice d'inventaire comme les autres. L'article 826 était donc l'article le plus général que les rédacteurs du Code de procédure aient pu invoquer. On ne comprend donc plus pourquoi les auteurs veulent en restreindre la portée.

D'ailleurs, que l'héritier bénéficiaire ait été de la majorité qui ait déterminé la vente du mobilier, et qu'ainsi la vente ait été faite à la requête d'une des autres parties, il n'en faudra pas moins convenir que la requête et l'ordonnance sont nécessaires, puisque, de l'avis de tous les auteurs, l'ordonnance doit être requise dans le cas de l'article 826.

Qu'au contraire, la majorité ait contraint l'héritier bénéficiaire à prendre sa part en nature, parce qu'il n'y avait pas actuellement de créances exigibles, de saisissants ni d'opposants, et que l'héritier bénéficiaire trouve de bonne administration de vendre les meubles pour les placer, ou payer sa part dans les dettes, on ne peut pas nier *qu'il n'y ait alors des tiers intéressés* aux termes de l'article 952 du Code de procédure; car l'état de bénéfice suppose de droit l'existence de créanciers connus ou inconnus. Or ces créanciers connus ou inconnus sont des tiers intéressés à la vente, puisque compte leur en est dû. Or, l'article 952, qui permet aux majeurs de ne pas suivre les formalités prescrites depuis l'article 945 jusqu'à l'article 951 *quand il n'y a aucun tiers intéressé*, ne concerne en rien l'héritier bénéficiaire, qui doit rendre *compte à des tiers* du prix de cette vente; donc, s'il vend séparément la part qu'il a reçue en nature dans le mobilier, il doit demander l'autorisation du président, conformément à l'article 946, parce

Digitized by Google

que l'article 952 l'y contraint. Par conséquent, et dans tous les cas, l'ordonnance est nécessaire. C'est donc avec raison que l'orateur du gouvernement, M. Siméon, dans l'exposé des motifs de cette partie du Code de procédure civile, a dit : « Si l'hé» ritier bénéficiaire veut vendre des meubles de la succession, » il s'y fera autoriser par le président du tribunal dans le res» sort duquel la succession est ouverte. » Pourquoi donc une indication si précise et si conforme aux principes et aux textes a-t-elle été repoussée obstinément dans la pratique et dans la théorie?

63. Quant au dernier argument tiré du tarif de 1807, il est encore plus vicieux que les autres, et il est répété partout! Nous ne devons pourtant pas le mépriser : il a séduit de bons esprits; il faut donc le réfuter. On lit dans l'article 77 du tarif, « § 12 (*Procéd.* 986) : *Requête afin d'être autorisé, sans attribution de qualité, à faire procéder à la vente d'effets mobiliers dépendants d'une succession.....* à Paris, 3 francs; » et l'on en a conclu que le rédacteur du décret a refusé d'allouer une requête pour l'article 989 en cas de vente par bénéfice d'inventaire. Mais l'observation est sans portée. Le § 11 du même tarif alloue le même droit de 3 francs en cas de requête « (Pr. 946) *pour faire autoriser à la vente du mobilier d'une succession,* » et par conséquent pour tous les cas auxquels il y aurait lieu d'y procéder à la requête d'un tuteur, d'un curateur à succession vacante, d'un héritier bénéficiaire, du présomptif héritier d'un absent, etc..., et comme le rédacteur du tarif a suivi pas à pas les articles du Code de procédure *où il était parlé de requête*, il n'a pu parler de l'article 989 ni de l'article 1000, qui renvoient aux formalités de la vente du mobilier. Le § 11 qui alloue une requête pour faire autoriser *à la vente du mobilier* s'applique donc *à toutes les ventes du mobilier* d'une succession quelle que soit la partie requérante ; car il a dans les termes la même généralité que l'article 946 du Code de procédure auquel il renvoie; et si les articles 989 et 1000 renvoient au titre V, et, sans distinction aucune, aux formalités qu'il édicte (ce qui comprend la requête), ce même § 11 ne doit jamais être écarté quand il s'agit des ventes du mobilier d'une succession, quel que soit celui qui le fasse.

64. Ce qui prouve encore mieux la vérité de notre doctrine, c'est l'incertitude où les praticiens et les tribunaux se sont

Digitized by Google

trouvés jetés par la doctrine que Toullier a introduite. Il est vrai qu'il était bien simple de laisser vendre les meubles corporels sans requête ni ordonnance. Mais le trouble est venu quand il s'est agi de vendre des meubles incorporels. Dès que l'opinion régnante était que *la Vente du Mobilier* au Code de procédure ne comprenait en rien les meubles incorporels, les uns ont pensé qu'on les pouvait vendre librement; d'autres, effrayés des conséquences, ont inventé des procès fictifs, et des jugements d'expédients. Quand l'héritier bénéficiaire n'avait pas de contradicteur, on a soumis la nécessité de la vente au tribunal sur requête en chambre du conseil, et inventé des procédures que le Code ne prescrivait pas; et pendant tout ce temps, les ventes de meubles corporels se faisaient librement, sans requête ni ordonnance, ou si l'ordonnance avait été rendue, un juge taxateur la pouvait supprimer de la taxe. En résumé donc, le Code de procédure a voulu qu'il n'y eût point de vente judiciaire de meubles qui ne fût autorisée par justice : par jugement, si elle est demandée par une partie contre l'autre; par ordonnance du président rendue sur requête, si une partie a droit de la requérir seule; par ordonnance sur référé, s'il s'élève des difficultés qui puissent se lever provisoirement, quand la partie requérante a été autorisée à vendre; et la forme d'autorisation sera toujours la même, soit qu'il s'agisse de biens corporels ou de biens incorporels.

Nous demandons pardon aux lecteurs de nos longs efforts pour dissiper une erreur passée en habitude et nous reprenons l'indication des formalités exigées par le titre V.

65. Qu'il s'agisse de biens meubles corporels ou incorporels, on doit, suivant l'article 947, appeler à la vente les parties ayant droit d'assister à l'inventaire, parce qu'elles ont intérêt à faire enchérir; mais pour éviter des frais, on n'appellera que celles qui demeureront dans la distance de cinq myriamètres ou qui auraient dans le même rayon un domicile élu. Cette indication de la vente sera notifiée au domicile élu, même pour les parties domiciliées dans la distance légale, parce qu'elles sont censées avoir confié à la personne chez qui elles auront élu domicile, le soin de surveiller les opérations de la succession.

66. Suivant l'article 948, le président du tribunal pourra statuer provisoirement en référé sur les difficultés qui s'éleve-

Digitized by Google

raient : elles peuvent naître de l'inopportunité de la vente, des réclamations que des tiers, légataires ou autres, voudraient faire de quelques objets à mettre en vente.

Dans l'article 946, il s'agit toujours du président du tribunal de la succession ; dans l'article 948, il s'agit du président du lieu où se fait la vente.

67. Suivant l'article 949, la vente se fait dans le lieu où sont les effets, s'il n'en est autrement ordonné, soit dans l'ordonnance sur requête, soit par une ordonnance de référé. On comprend que pour la vente des meubles incorporels, le lieu le plus commode est ordinairement l'étude du notaire chargé de la vente, aux mains duquel sont remis les titres.

68. Les articles 950 et 951 ont pour objet d'éviter des frais sans utilité, et veulent que l'officier chargé de vendre, notaire ou autre, ne soit arrêté dans son opération par l'absence de qui que ce soit. Si les personnes appelées ne comparaissent pas, l'officier public procédera tant en absence que présence, sans appeler personne pour les représenter. Il n'attendra même pas la présence du requérant, car, le public appelé par les affiches ne doit pas attendre ; mais l'officier public constatera au procès si le requérant était absent ou présent lors de la vente.

69. On attaquera notre doctrine, comme trop uniforme et par conséquent trop radicale ; elle sera regardée comme un piége tendu à l'héritier bénéficiaire, qui pour l'omission d'une formalité dans la vente d'objets mobiliers, se trouvera à son insu ou par inadvertance déchu du bénéfice d'inventaire, s'il n'y a pas eu ordonnance du président, si l'on n'a pas appelé à la vente les parties ayant droit d'assister à l'inventaire ; etc.

Telle n'est pas notre pensée.

Nous avons donc à examiner les effets de notre doctrine générale sous le double rapport du fait des officiers publics et du fait de l'héritier bénéficiaire.

70. La maxime *factum executoris*, *factum partis* ne doit s'entendre qu'avec précaution, et ne s'applique qu'aux dommages que l'officier public, choisi par la partie, aura causé aux tiers. Elle ne peut pas donner lieu à une peine personnelle contre la partie qui n'est pas tenue de guider les officiers publics, que la loi lui a donnés pour guides et pour conseils.

On ne sera donc pas déchu du bénéfice d'inventaire par cela

Digitized by Google

seul que l'officier public aura manqué aux conditions de publicité prescrites par le titre des saisies exécutions, ou parce que l'ordonnance du président n'aura pas été requise, quoique la vente ait été évidemment inopportune, ou parce qu'on n'y aura pas appelé les parties ayant droit de figurer à l'inventaire. C'était à l'officier public chargé de faire la vente de pourvoir à ces formalités. La partie est présumée n'avoir en rien participé à l'omission des formalités requises. Les tribunaux ne peuvent prononcer la peine de la déchéance du bénéfice d'inventaire, là où l'héritier n'est point *personnellement* en faute.

Mais s'il s'agit des dommages-intérêts des créanciers, parce que les ventes n'auraient pas reçu la publicité requise, parce que la vente aurait été faite en temps inopportun et qu'ordonnance n'aurait pas été requise, ou parce qu'une partie qui aurait dû y être appelée ne l'aurait pas été; alors, la maxime *factum executoris, factum partis* reprendra son empire, parce que l'officier public est le mandataire de la partie, et que tout mandant doit la réparation du dommage direct que la faute de son mandataire a causé dans l'exercice du mandat.

Nous ne pouvons nous empêcher de faire remarquer ici que, dans le cas où notre opinion qui, à nos yeux, est la seule vraie, viendrait à triompher, les tribunaux seront et devront être encore longtemps avant que de prononcer des dommages-intérêts, faute d'autorisation présidentielle préalable à la vente, parce que l'opinion actuelle doit être regardée, même pour l'officier public, comme une erreur commune qui exclut toute idée de faute.

Notre opinion n'est pas non plus trop sévère à l'égard de l'héritier lui-même. Nous avons démontré plus haut, nos 33 et suivants, que même dans les ventes de meubles faites par l'héritier bénéficiaire sans formalités, l'article 989 du Code de procédure civile n'était pas aussi impératif que l'article 988, et que les magistrats avaient à consulter la nature des faits, leur importance, leur innocuité pécuniaire, l'intention et la bonne foi de l'héritier.

71. De ces principes, il découle que la vente générale du mobilier, dont l'héritier bénéficiaire veut se défaire après la clôture de l'inventaire, appelée ordinairement *la vente après décès*, et qui ne contient le plus souvent aucun meuble incorporel, doit donc se faire d'ordonnance du président dans les

Digitized by Google

formes prescrites par le titre V de la IIe partie du livre II du Code de procédure, combinées avec les formes de publicité et de vente par suite de saisies-exécutions.

Passons maintenant aux détails.

72. Les auteurs sont divisés sur la question de savoir si l'héritier bénéficiaire peut vendre en gros, de gré à gré, les grains et autres objets inventoriés, dont le prix est fixé par les mercuriales.

Ceux qui l'affirment se fondent sur ce que l'expérience a appris que des grains vendus en détail et aux enchères sont rarement portés à des prix plus élevés que ceux des mercuriales, et que même on peut craindre une coalition de marchands pour empêcher que le prix ne s'élève.

Ceux qui le nient se fondent sur la généralité des termes de la loi.

Ou il s'en trouve une faible quantité, et alors ce sont des lots à faire et à vendre en même temps que les autres meubles de la succession; ils ne valent pas les frais d'une vente séparée.

Ou il s'en trouve une quantité considérable, et dans ce cas l'héritier bénéficiaire n'a pas le droit en cette qualité de traiter de gré à gré d'un effet de la succession qui n'a à craindre aucun dépérissement.

Pour vendre cet effet de la succession, il lui faut nécessairement l'autorisation du président, comme nous l'avons prouvé ci-dessus (nos 8 à 13) pour tout autre effet mobilier en général, parce que le président du tribunal est juge de l'opportunité et du lieu où la vente sera plus avantageuse.

Mais rien n'empêchera d'ailleurs que, dans une succession où se trouverait une quantité notable de grains ou autres denrées de nature à être vendues sur un marché, l'ordonnance du président ne les distingue des autres objets en prescrivant de les vendre aux enchères à tel marché et pendant sa tenue. En principe, on ne peut pas aller plus loin : ce qui n'empêche pourtant pas que dans l'équité judiciaire les tribunaux ne prononcent pas déchéance contre l'héritier qui aurait traité de gré à gré au prix des mercuriales, ou qui aurait de bonne foi vendu au marché voisin, sans affiches et sans officier public, en considérant que les marchés publics sont un lieu de continuelles enchères pendant leur tenue, et que la périodicité des marchés équivaut à l'indication des affiches; mais ces raisons, qui peuvent sauver

Digitized by Google

une espèce, ne sont pas assez graves pour effacer la loi ni pour être proposées comme règles de décision.

73. Les fruits pendants par racines au temps de l'ouverture de la succession ne forment pas partie de l'inventaire (arg. de l'art. 585 du Code Nap.), bien que l'héritier bénéficiaire en doive compte comme administrateur, ainsi qu'il doit compte des fruits qu'il recueillera tant qu'il n'aura pas vendu les immeubles.

C'est à cause de leur naissance avant l'ouverture de la succession, que peut s'élever raisonnablement la question de savoir si l'héritier bénéficiaire doit toujours faire de ces fruits une vente aux enchères par officier public.

Or, il faut tenir pour certain que le fonds de la succession ne se composant pas des fruits naturels et industriels pendants par branches et par racines au temps de l'ouverture de la succession, les ventes qu'en fera l'héritier bénéficiaire ne sont pas *ventes de meubles d'une succession*, mais vente de fruits provenant des biens de la succession. Ces ventes sont donc des actes d'administration libre.

Nous avons dit que l'héritier bénéficiaire administrait comme propriétaire. La loi en fait un administrateur, non un régisseur; et de là suit que les formes de vente exigées par l'article 805 du Code Napoléon pour le *mobilier compris dans l'inventaire*, comme le dit l'article 807 (Code Nap.), ne sont pas exigées pour la vente des fruits recueillis par l'héritier, lesquels n'entrent pas dans l'inventaire; il suffit qu'elles soient faites de bonne foi et non accompagnées de fautes graves. L'héritier bénéficiaire peut comme tout propriétaire les vendre de gré à gré et suivre tel mode de vente volontaire que son intérêt bien entendu lui suggérera.

Il en est ainsi pour toute espèce de fruits; et nous ne voyons guère la nécessité de prendre l'ordonnance du président pour la vente des fruits pendants par racines, ni de prendre la forme de vente par suite de saisie-brandon, que dans le cas où la maturité serait assez voisine du décès, pour que les récoltes se fissent avant que l'héritier eût pris qualité, auquel cas on rentrerait dans l'article 986.

Quand une fois l'acceptation bénéficiaire est faite, la récolte n'est plus qu'une perception de fruits.

74. A plus forte raison, l'héritier bénéficiaire pourra vendre

Digitized by Google

sans formalités les récoltes subséquentes. Vendre les fruits publiquement et aux enchères peut être regardé comme une précaution de bonne pratique, mais aucune loi ne l'exige; et quand l'héritier vend les fruits aux enchères, la vente volontaire qu'il en fait faire n'est pas soumise à l'ordonnance de l'article 946.

75. Ce que nous avons dit de la vente des fruits pendants par racines, nous le répéterons pour la vente des coupes ordinaires des bois taillis, et nous distinguerons entre le temps où le présomptif héritier administre *avant d'avoir pris qualité* et celui où il administre après avoir pris le bénéfice d'inventaire. Dans le premier cas, il devra absolument suivre les formes des articles 805 du Code Napoléon et 986 du Code de procédure civile. Dans le second, il fera un acte d'administration nécessaire, pour lequel il n'a pas d'autorisation à demander. En effet, la destination des coupes comme des fruits étant d'être recueillis, l'époque de maturité leur fait perdre la qualité d'immeubles par accession, et les soumet, quoique sur pied, au régime de pure administration confié par la loi à l'héritier bénéficiaire.

Nous n'entendons pas dire par là, que l'héritier bénéficiaire doive toujours traiter à l'amiable des coupes de bois, mais seulement qu'il en est libre. La vente volontaire par officier public, surtout quand les coupes sont importantes, est un moyen d'éviter les soupçons de mauvaise gestion et les résultats de l'action *mandati*.

76. Un jugement de la chambre du conseil du tribunal de la Seine du 2 février 1850 a autorisé l'héritier bénéficiaire à faire les coupes arriérées par le fait du défunt.

Pareille procédure paraît superflue, l'héritier bénéficiaire n'a besoin d'aucune autorisation pour rentrer dans l'aménagement ordinaire; car de deux choses l'une : en agissant ainsi, il fait ou une faute ou un acte utile d'administration; et les créanciers auront ou n'auront pas d'action résultant de son fait. L'autorisation qu'il obtiendrait de la justice, sans contradiction aucune, ne le mettrait pas à couvert des actions des parties intéressées. Mais dans tous les cas, il ne peut résulter de ce fait, même sans ordonnance de justice, une cause de déchéance du bénéfice d'inventaire.

77. Quand les futaies elles-mêmes ont été mises en coupes réglées, et que le temps de la coupe est arrivé, il suffit que

Digitized by Google

l'héritier vende volontairement aux enchères, en l'étude d'un notaire, avec la publicité requise. C'est acte d'administration. Il n'est pas ici besoin d'ordonnance, et l'on ne peut conseiller les enchères qu'à cause de l'importance de la vente.

78. En supposant qu'une haute futaie dépérisse et qu'il soit utile de l'abattre, l'héritier bénéficiaire pour arriver à ce résultat, devra-t-il recourir à une autorisation de la chambre du conseil du tribunal ?

Deux cas peuvent se présenter, ou il y a des créanciers hypothécaires ou il n'y en a pas.

S'il y a des créanciers hypothécaires, le plus simple est d'éviter la question en *vendant la futaie avec le fonds même*, dans les formes des ventes d'immeubles pour le bénéfice d'inventaire.

S'il y a des créanciers hypothécaires et que l'héritier tienne à ne pas vendre l'immeuble, *c'est avec eux qu'il devrait faire régler par action contradictoire devant le tribunal qu'il sera autorisé à vendre sa futaie séparément du fonds, sauf à faire emploi ou distribution du prix.*

S'il n'y a pas de créanciers hypothécaires et peut-être pas de créanciers connus (car il y a de riches successions qui sont acceptées bénéficiairement, par la crainte seulement de recours inconnus), et si l'héritier veut conserver le fonds sans compromettre sa qualité, l'héritier bénéficiaire fera bien de *faire constater par des procès-verbaux d'experts*, les causes pour lesquelles il se croit contraint de détruire sa futaie, afin de pouvoir opposer des preuves contemporaines du fait aux créanciers de la succession, s'il s'en présente à l'avenir ; faire ensuite abattre les arbres ou les vendre sur pied pour être abattus, *et faire faire la vente des arbres abattus ou sur pied, dans les formes du chapitre V pour la vente des meubles de la succession bénéficiaire :* car, vendre ce qui dépérit, n'est acte que d'administration ; et s'il y a lieu ici de prendre la forme de vente du mobilier de succession, c'est que la superficie condamnée par son dépérissement à être abattue, n'est pas un fruit du fonds ; elle existait au temps du défunt, et d'immeuble qu'elle était, deviendra par sa séparation meuble de la succession. On la vendra donc dans la même forme que si l'on avait trouvé les arbres abattus au jour de l'ouverture de la succession.

79. Un cas analogue jettera plus de jour sur notre pensée.

Digitized by Google

Supposons un bâtiment en si mauvais état ou d'une inutilité si complète qu'il serait de mauvaise administration de le réparer ou de le réédifier.

Les créanciers hypothécaires ont seuls intérêt au prix : s'il y a des créanciers hypothécaires, il faut régler avec eux à l'amiable ou en justice la nécessité de l'abattre et l'emploi du prix des matériaux.

S'il n'y a pas de créanciers hypothécaires, la destruction des vieux bâtiments ne sera qu'un acte d'administration, et la vente des matériaux une vente d'un meuble de la succession qui devra être précédée de l'ordonnance du président, parce que ce n'est là ni fruits ni revenus.

Mais demander l'autorisation de la chambre du conseil paraît une précaution superflue et dérisoire pour la justice. Le tribunal a une juridiction gracieuse parfaitement déterminée par des textes exprès. Pourquoi et comment lui en accorder au delà de ces textes, dans l'intention de se servir de sa décision contre des tiers, lorsque cette décision ne peut même au regard des tiers faire preuve du fait du dépérissement de la futaie ni du mauvais état des bâtiments abandonnés ?

Qu'on se rassure pour tous ces cas heureusement rares. D'abord s'il survient des créances inconnues après un long temps, la bonne foi de l'héritier bénéficiaire dans sa gestion, lui attirera une juste faveur. Son administration doit être examinée avec cette indulgence que mérite la croyance, de plus en plus fortifiée par le temps, qu'il n'y avait pas de créanciers ; d'ailleurs sa gestion doit être examinée aussi comme gestion de propriétaire. On ne pourra donc lui infliger la qualité d'héritier pur et simple, par cela seul qu'il aura fait quelques changements devenus utiles ou nécessaires au bien-être de la propriété. On ne le pourrait même pas pour des dégradations qui ne motiveraient contre lui qu'une action en dommages-intérêts. Tout ce qu'il a à faire, c'est de conserver soigneusement les preuves des causes qui pendant son administration ont amené des changements auxquels il a été forcé.

80. Le dernier exemple que nous venons de proposer nous avertit de généraliser la question. Quelle devra être la conduite de l'héritier bénéficiaire qui voudra vendre certains meubles par leur nature, devenus immeubles par destination, soit par le placement de ces meubles sur le fonds à perpétuelle demeure,

Digitized by Google

comme les animaux attachés à la culture et autres objets dont s'occupent les douze premières dispositions de l'article 524 du Code Napoléon et l'article 522; soit par leur incorporation et leur affixion à l'immeuble, comme les objets prévus dans l'article 523, dans le dernier alinéa de l'article 524 et dans l'article 525, qui forme le développement de ce dernier alinéa.

Pour plus de clarté, commençons par les meubles devenus immeubles par incorporation ou affixion.

L'héritier bénéficiaire est héritier et propriétaire. En thèse générale, il peut, comme tout propriétaire, changer son mode de jouissance, et par conséquent faire d'une maison de campagne une maison de fermier; d'un hôtel à la ville, une maison d'industrie manufacturière, et par conséquent enlever glaces, tableaux encastrés dans la boiserie et les boiseries elles-mêmes, ainsi que les statues et autres ornements qui peuvent avoir quelque prix. Ces objets ne sont pas décrits à l'inventaire : ce qui n'empêche pas qu'ils ne soient compris dans les choses dont il a l'administration. Il peut les conserver pour les placer ailleurs; il peut aussi vouloir les vendre.

S'il y a des créanciers hypothécaires, se présentera la question de savoir si l'héritier détériore ainsi l'immeuble hypothéqué et s'il diminue les sûretés données par le contrat fait avec son auteur. C'est un point à faire régler avec les créanciers hypothécaires lorsqu'il est douteux, comme nous venons de le dire dans les numéros précédents.

Mais cette difficulté effacée, la vente des objets redevenus meubles se fera aux enchères, comme nous l'avons dit ci-dessus, d'autorisation du président, et passera dans l'actif du compte à la colonne des fonds, parce que tous ces objets sont biens meubles de la succession. — On suppose ici des changements importants, et que les objets mobiliers méritent les frais d'une vente.

81. S'il s'agit de meubles devenus immeubles par destination, dans les termes de l'article 522 et des douze premiers alinéas de l'article 524, les créanciers hypothécaires peuvent être intéressés à ce que leur gage ne soit pas diminué. L'héritier bénéficiaire est donc tenu de régler la difficulté avec les créanciers hypothécaires.

Mais ensuite, ou s'il n'y a que des créanciers chirographaires,

Digitized by Google

la prudence veut que l'héritier bénéficiaire vende dans la forme prescrite *pour la Vente du Mobilier* en justice, avec autorisation du président. La requête doit contenir les raisons pour lesquelles il fait ce changement dans l'administration de l'immeuble, dont on sépare ainsi les animaux, les troupeaux ou autres objets que le précédent propriétaire y avait placés à perpétuelle demeure.

Nous ferons remarquer en passant que, dans l'inventaire et dans la prisée, on a dû comprendre ces objets, quoique immeubles par destination, parce que n'étant pas affixés ni incorporés à l'immeuble, le nouveau propriétaire n'est pas tenu de leur conserver la destination que leur avait donnée l'ancien propriétaire.

82. Dans le département de la Seine et dans les départements voisins, il y a des richesses fossiles qui s'exploitent par l'industrie des carriers.

Si le défunt exploitait ainsi les terres d'autrui, la vente du droit de continuer l'exploitation serait la vente d'un droit incorporel mobilier, comme celle d'un fonds de commerce; car, entre le propriétaire du sol et le carrier, les pierres et autres fossiles à extraire sont considérés comme biens meubles.

Ce serait lors de l'inventaire que se ferait l'estimation de la valeur de la masse restant à exploiter. On sent facilement que cette estimation ne peut pas être l'œuvre soit du commissaire-priseur, soit d'un notaire ou greffier de paix. Il y en a une raison légale : c'est que dans les lois sur *les ventes des meubles* par commissaires-priseurs, huissiers et greffiers en concurrence avec les notaires, les mots « *meubles et effets mobiliers* » ne sont pas pris dans le même sens qu'au Code civil, et ne s'entendent que de ce qui pourrait être vendu en détail par un commissaire-priseur; et le notaire n'a pas même qualité pour faire une estimation des meubles incorporels, quoiqu'il ait, sans concurrence, qualité pour les vendre. Il y en a une autre raison puisée dans la nature des choses. Pour estimer la valeur d'une masse, il faut des connaissances spéciales qu'on ne trouve guère que chez les carriers eux-mêmes et chez les carriers du même canton. Cependant une estimation est nécessaire, et doit se faire par gens à ce connaissant; et comme cette difficulté naît pendant l'inventaire, si les parties ne sont point tombées d'accord sur le choix d'un ou de plusieurs experts, c'est le président

Digitized by Google

qui les règlera sur ce point, par application de l'article 944 du Code de procédure.

La vente, si elle a lieu, se fera par-devant notaire, après autorisation du président.

83. Si l'héritier bénéficiaire est lui-même carrier, qu'il n'y ait pas de créances actuellement exigibles, et que l'héritier reprenne la suite de l'exploitation, l'estimation portée en l'inventaire entrera dans la masse de biens de la succession pour lesquels l'héritier doit donner caution, si les créanciers la requièrent.

84. Si le défunt exploitait son propre fonds, et que l'héritier bénéficiaire voulût vendre le droit d'exploiter tout ou partie des terres auxquelles il succède, sans vendre cependant le sol (toujours en supposant qu'il n'y eût point de créanciers hypothécaires), la vente n'en demeurerait pas moins vente mobilière, comme les ventes de bâtiments à démolir ou de coupes de bois, en tout soumises aux formes que nous avons signalées, parce qu'entre vendeur et acheteur les pierres à extraire sont meubles; et il n'y aurait pas ici d'estimation préalable de la masse, parce que le prix en tomberait dans la succession pour représenter la dépréciation de l'immeuble.

Pourquoi ne le ferait-il pas, puisqu'il a incontestablement le droit de donner sa carrière à bail; puisqu'il a celui de l'exploiter lui-même, pourvu qu'il rende compte des produits? S'il n'exploite pas dans l'usage, c'est que l'héritier ne veut pas courir de chances personnelles en même temps qu'il ferait le commerce pour le compte d'autrui. Mais en droit il peut tout ce que peut un propriétaire qui ne vend pas; il peut même ouvrir une carrière nouvelle. Il peut changer la face de l'immeuble, sans être déchu du bénéfice, sauf dommages-intérêts, s'il y a faute grave; et sauf aux créanciers à solliciter de la justice un curateur ou un administrateur au bénéfice d'inventaire, s'ils établissent que l'héritier détériore par sa folle administration.

85. Il n'y a aucune difficulté pour la vente par l'héritier bénéficiaire des rentes sur particuliers qui se trouvent dans la succession. L'article 989 renvoie clairement au titre de la saisie des rentes sur particuliers. Il faut donc un jugement du tribunal qui l'ordonne. — Tous les autres droits incorporels peuvent être vendus en vertu d'ordonnance; nous ne devons en excepter que les rentes sur l'État, *quoiqu'aucun texte n'ordonne*

Digitized by Google

qu'elles seront vendues en vertu d'un jugement rendu en chambre du conseil.

86. Nous devons retracer ici l'historique de la question.

En considérant seul l'article 805 du Code Napoléon, il proclamerait la liberté de l'héritier bénéficiaire de vendre, quand il lui plaît, les meubles soit corporels, soit incorporels, sans prendre l'autorisation de justice.

Cependant des doutes s'élevèrent sur les rentes françaises, à l'occasion, non des héritiers bénéficiaires et de l'article 805 du Code Napoléon, mais à l'occasion des mineurs et interdits et de l'article 452 du même Code. *Le Code de procédure n'existait pas encore.*

Le crédit de l'État renaissait. Les rentes, réduites au tiers consolidé, reprenaient faveur. Les conseils des tuteurs et des héritiers bénéficiaires, pensant que ces valeurs croîtraient et qu'on pourrait dans un temps plus reculé attribuer à faute à leurs clients les ventes qui en auraient été faites au cours du jour, cherchèrent un mode de vente qui pût mettre les tuteurs à l'abri de prétentions ultérieures, soit des mineurs devenus majeurs, soit des créanciers de la succession. D'ailleurs, on sortait d'un régime où toutes les rentes étaient immeubles, et on les regardait encore comme des meubles d'une espèce particulière et méritant protection. En l'absence de lois positives, on s'adressa donc au tribunal, auquel on demandait l'homologation d'un avis des parents, portant autorisation de vendre. De là, des frais considérables et des pertes de temps souvent nuisibles aux mineurs, quand les cours baissaient entre la procédure et son exécution, après affiches en l'étude du notaire ou à la barre du tribunal.

D'un autre côté, un texte obscur (celui de l'art. 452 du Code civil, qui prescrit au tuteur de faire la vente de tous les meubles dans le mois de la clôture de l'inventaire) inspirait ou devait inspirer une crainte légitime au Trésor. Les cours pouvaient, à la mort de quelques grands capitalistes laissant leur succession à des mineurs, subir une dépréciation inattendue par la masse des rentes sur l'État à vendre dans le mois. Il y avait encore ce désavantage que si le père avait acheté des rentes sur l'État, dans l'espoir de la consolidation de la fortune publique, le fils mineur aurait été tenu d'abandonner l'accroissement futur du capital qu'avaient entrevu les prévisions du

Digitized by Google

père de famille, si tous les meubles eussent été vendus dans le mois.

Ce qui ne faisait pas question d'ailleurs, c'est que la vente au cours du jour, sans affiches, publications, ni enchères, était contraire aux prescriptions textuelles du Code civil.

De là, la loi du 24 mars 1806 qui porte que : « Les tuteurs » et curateurs des mineurs ou interdits qui n'auraient en in- » scriptions ou promesses d'inscriptions de 5 pour 100 conso- » lidés qu'une rente de 50 francs et au-dessous, en pourront » faire le transport *sans qu'il soit besoin d'autorisation spéciale* » *ni d'affiches, ni de publication*, mais seulement d'après le » cours constaté du jour et à la charge d'en compter, comme du » produit des meubles (art. 1er); que dans le même cas les » mineurs émancipés pourront également transférer leurs rentes » avec la seule assistance de leur curateur, et sans qu'il ait » besoin d'avis de parents ou d'aucune autorisation (art. 2); » et que les inscriptions au-dessus de 50 francs de rente ne » pourront être vendues par les tuteurs ou curateurs qu'avec » l'autorisation du conseil de famille et suivant le cours du jour » légalement constaté. Dans tous les cas, la vente pourra s'ef- » fectuer *sans qu'il soit besoin d'affiches ni de publication* » (art. 3).

87. Le sens de cette loi est évident :

1° Pour qu'un tuteur de mineur ou d'interdit, pour qu'un curateur puisse vendre une rente sur l'État appartenant à un incapable sans l'autorisation de qui que ce soit, il faut que cette rente n'excède pas un revenu de 50 francs et *qu'il n'y ait aucune autre rente* sur l'État dans la succession.

2° Quand le mineur soumis à une tutelle, le mineur émancipé ou l'interdit possédera plus de 50 francs de rente sur l'État, leurs tuteurs ou curateurs ne pourront vendre ces rentes ni l'une d'elles *qu'avec l'autorisation du conseil de famille.*

3° Pour les deux cas, il n'y aura besoin ni d'affiches ni de publications, la vente sera faite d'après le cours du jour légalement constaté, à la charge d'en compter comme de produit de vente mobilière.

D'après cette loi, nul besoin d'autorisation du tribunal. Cependant l'usage se maintint longtemps de faire homologuer avant la vente la délibération du conseil de famille ; et la preuve de la durée de cet usage abusif se trouve dans une décision du

Digitized by Google

ministre du Trésor public, du 26 juin 1826, rapportée par M. Mollot, p. 217, *Bourses du commerce*, t. I, laquelle « DISPENSE de l'homologation du tribunal les procès-verbaux rédigés par le juge de paix, pour exprimer l'autorisation du conseil de famille des mineurs ou interdits. »

88. Les héritiers bénéficiaires, qui voulaient négocier les rentes sur l'État dont ils avaient hérité, faisaient comme les tuteurs; ils craignaient soit d'être regardés comme héritiers purs et simples, soit d'être tenus de dommages-intérêts, si les rentes acquéraient crédit. Donc leurs conseils leur faisaient requérir l'autorisation du tribunal. Il y a un monument de cet état de choses dans l'avis même du Conseil d'État dont on va parler.

Cet avis du Conseil d'État du 17 novembre 1807, approuvé le 11 janvier 1808, porte en dispositif : « que l'héritier bénéfi-
» ciaire ne peut pas faire le transfert des rentes *au-dessus de*
» 50 *francs* SANS Y ÊTRE AUTORISÉ, et que les dispositions de
» l'article 3 de la loi du 24 mars 1806 exigeaient toujours l'au-
» torisation pour les ventes d'inscription au-dessus de 50 francs,
» faites par les tuteurs, s'appliquent *à tous les autres adminis-*
» *trateurs comptables* ET AUX HÉRITIERS BÉNÉFICIAIRES qui ne doi-
» vent par conséquent transférer les rentes au-dessus de 50 fr.
» QU'APRÈS UNE AUTORISATION PRÉALABLE. »

89. Rien de plus simple que ce dispositif.

Mais quelle sera la forme de l'autorisation préalable? Sera-ce l'autorisation d'un conseil de famille, comme pour la vente d'une rente sur l'État appartenant à un mineur? Non, car quels que soient les termes des motifs, l'héritier bénéficiaire n'est ni un mineur ni un incapable, et d'ailleurs il n'est pas soumis à un conseil de famille. Sera-ce l'autorisation du président, conformément aux deux articles 989 et 946 du Code de procédure combinés? Non encore, car, si l'on consulte les motifs exprimés dans cet avis, l'héritier bénéficiaire n'est qu'un homme chargé d'administrer, qu'un simple comptable, et, pour ainsi parler, un quasi-incapable; et d'un autre côté l'article 805 du Code Napoléon n'aurait en rien été fait pour les ventes de biens incorporels. Or, bien que l'avis du Conseil d'État ait dévié de l'esprit du Code civil et du Code de procédure qui venait d'être préparé, en ne considérant pas dans l'héritier bénéficiaire sa qualité de propriétaire, et en pensant que la vente des droits incorporels était dispensée d'autorisation, au moins de celle du

Digitized by Google

président, il faut néanmoins appliquer cet avis dans l'esprit qui l'a dicté. Il faut donc conclure de là que pour cette espèce particulière de biens, l'autorisation est *celle que la pratique avait introduite*, c'est-à-dire celle du tribunal, qui constate l'opportunité de la vente par un jugement rendu en chambre du conseil. — C'est donc une anomalie à côté du principe que le président a juridiction pour autoriser les ventes de meubles corporels et incorporels; et comme, par exception, cette loi a été faite dans l'intérêt du Trésor public, le tribunal se trouve la seule autorité qui puisse autoriser la vente des rentes sur l'État.

90. La loi du 24 mars 1806, faite pour les tuteurs de mineurs et interdits et pour les curateurs de mineurs émancipés, a été étendue aux actions de la Banque de France par un décret du 25 décembre 1813 : « Les dispositions du 24 mars 1806, relatives » au transfert d'inscriptions de rente 5 pour 100 consolidés, » appartenant à des mineurs ou interdits, sont rendues appli- » cables aux mineurs et interdits propriétaires d'actions de la » Banque de France, toutes les fois qu'ils n'auraient qu'une » action ou un droit dans plusieurs actions n'excédant pas en » totalité une action entière. »

Ce décret ne parle pas du cas où il y aurait plusieurs actions; il ne parle pas non plus de l'héritier bénéficiaire.

Néanmoins, il faut étendre l'article 3 de la loi du 24 mars 1806 aux héritiers bénéficiaires qui ont dans la succession plusieurs actions de la Banque de France, et décider qu'ils ont alors besoin d'un jugement du tribunal pour être autorisés à transférer leurs actions. Avant l'avis du Conseil d'État sur les rentes, du 11 janvier 1808, l'usage du jugement d'autorisation s'était introduit à leur égard comme à l'égard des mineurs; il existait en 1813, lors du décret spécial. Le but de ce décret a été de faciliter les transferts des actions et portions d'actions détachées. La Banque est d'ailleurs dans l'usage constant, depuis une vingtaine d'années, d'exiger pour le transfert de ses actions les mêmes précautions que le Trésor pour les transferts de rentes sur l'État.

91. Cet avis du Conseil d'État étant une loi spéciale pour les rentes sur l'État et pour l'héritier bénéficiaire, il suit qu'à l'exception des rentes sur l'État et des actions de la Banque de France, il n'y a jamais besoin d'avoir recours à la chambre du conseil du tribunal quand il s'agit pour l'héritier bénéficiaire

Digitized by Google

de vendre des créances sur particuliers, des actions industrielles, des fonds publics étrangers, un fonds de commerce, une propriété artistique ou littéraire, un brevet d'invention, etc., etc.; mais l'autorisation du président n'en doit pas moins être requise. Si M. Bertin, dans l'estimable ouvrage intitulé *Chambre du conseil*, nous a conservé des jugements portant qu'en ces différents cas l'héritier n'a pas besoin d'*autorisation de justice*, il en faut restreindre les termes *secundum materiam subjectam*. Le tribunal déclare seulement qu'il n'y a pas pour lui lieu à faire droit à la requête; mais comme il n'est pas conseil des parties, il n'a pas à les renvoyer au président, dont l'autorité est indépendante de son jugement.

92. Terminons cette dissertation en disant qu'il peut se trouver, même dans une succession bénéficiaire, des biens qui ne comportent pas les formes de la vente : par exemple, un office, qui ne peut se vendre aux enchères à cause de sa nature. La transmission qui en est opérée par un traité fait sous la protection de l'autorité publique, en qualité d'héritier bénéficiaire, n'altère en rien cette qualité. Le défunt peut même laisser certains biens qui ne tombent pas dans sa succession, que l'héritier bénéficiaire peut vendre sans être obligé d'en tenir civilement compte, sauf le cri de sa conscience, tels qu'un ouvrage littéraire inédit, quoique achevé, parce que la propriété littéraire ne naît que par la publication, ou au plus par le traité fait avec un éditeur après l'ouvrage achevé.

Il faut mettre au même rang les procédés particuliers pour les manufactures, les sciences et les arts que le défunt aurait laissés par écrit, mais qui ne seraient pas brevetés; c'est le brevet seul, ou, pour parler plus clairement, la demande d'un brevet, qui peut faire d'une découverte industrielle une propriété particulière; jusque-là, l'invention constituait si peu une propriété civile, que tout autre qui aurait eu la même pensée industrielle avait le droit de l'émettre et de la publier.

Ces manuscrits et ces procédés non publiés n'étaient donc pas au nombre des biens civils du défunt; ils peuvent donc être vendus à l'amiable. L'héritier en a pour ainsi dire la propriété par occupation ou par une sorte d'invention physique. C'est une trouvaille faite dans le local héréditaire d'une chose qui n'appartient plus à personne.

Mais si l'ouvrage a déjà été publié, si le brevet a été pris ou

Digitized by Google

demandé, alors se trouve dans la succession un bien civil tout formé, un privilége temporaire qui appartient à l'hérédité, et qui ne peut plus se vendre que dans les formes prescrites par la loi à l'héritier bénéficiaire. COIN-DELISLE.

ÉTUDES SUR L'ADMINISTRATION DE LA JUSTICE CIVILE.

Par M. LAVIELLE, conseiller à la Cour de cassation.

(*Suite*[1].)

CHAPITRE VI.

Des deux degrés de juridiction et de la faculté d'y renoncer.

Des jurisconsultes éminents, anciens et modernes, ont contesté sérieusement l'utilité de l'*appel*.

Il offre, selon eux, plus d'inconvénients que d'avantages.

Il augmente considérablement les frais et la durée du litige.

Il affaiblit l'autorité de la justice et la met, pour ainsi dire, en suspicion.

Sous prétexte de réparer une première erreur l'appel ouvre des chances à une erreur nouvelle, il multiplie les hasards et les périls des jugements humains.

La certitude, l'infaillibilité judiciaires n'existent pas, ne peuvent pas exister. Plus on renouvelle les épreuves pour rencontrer la vérité plus on accumulera les doutes. Ils resteront toujours attachés à la seconde décision comme à la première. La garantie d'un plus grand nombre de juges et la présomption de lumières supérieures sont trop souvent démenties par l'expérience.

Et puis, quelle arme dangereuse livrée à la mauvaise foi! Que d'appels abusifs qui n'ont d'autre objet que d'éluder indéfiniment l'exécution de l'engagement le plus sacré, de la décision la plus équitable!

Il y a sans doute quelque chose de vrai dans ces observations : on pourrait même en ajouter d'autres pour montrer les inconvénients possibles des *deux degrés de juridiction*, mais

[1] V. t. X, p. 436 et 546; t. XI, p. 265; t. XIII, p. 253 et 345.

Digitized by Google

elles n'en affaiblissent pas les avantages réels, incontestables, et qui ont fait de cette règle, à toutes les époques, la base fondamentale et comme une nécessité de notre organisation judiciaire.

Il serait d'autant plus inutile de raviver aujourd'hui cette controverse qu'elle s'est pour ainsi dire éteinte d'elle-même dans l'histoire de notre législation.

Et sans remonter au droit romain et à l'ancien droit français qui avaient admis et organisé l'*appel*, sans revenir même au droit intermédiaire si amoureux d'innovations et qui n'osa jamais se permettre celle-ci (malgré quelques hésitations de l'Assemblée nationale), n'avons-nous pas vu de nos jours ce principe de l'appel, cette garantie, ce bienfait d'un second examen, recevoir une sanction nouvelle par une multitude de lois et spécialement par celles des 11 avril 1838 et 3 mars 1840, qui ont eu précisément pour objet d'élever le taux du *dernier ressort* (de mille à quinze cents francs). Il est remarquable que dans la discussion approfondie de ces lois, discussion où les amendements ne furent pas ménagés, nulle voix ne s'éleva contre ce droit d'appel, ainsi proclamé une fois de plus et toujours respecté d'ailleurs par nos diverses constitutions, par celles-là même qui essayaient, en d'autres points, d'altérer notre système judiciaire.

Nous l'avons déjà dit : que le taux du dernier ressort puisse encore être élevé soit pour les justices de paix, soit pour les tribunaux de première instance ; que cette élévation paraisse commandée par l'accroissement des richesses mobilières et l'affaiblissement corrélatif du signe monétaire, ce sont là des questions réservées et qui viendront à leur jour ; mais dont la solution loin d'affaiblir le principe de l'appel n'en sera au contraire que la reconnaissance et l'application.

Mais à côté de ce grand principe, désormais incontesté, s'élèvent des questions secondaires qui ne sont pas sans gravité et sans intérêt.

Il en est deux surtout qui rentrent plus spécialement dans le plan de cet essai et autorisent ainsi notre examen :

1° Peut-on renoncer à l'appel, c'est-à-dire au second degré de juridiction ?

2° Peut-on renoncer de même au premier degré, c'est-à-dire saisir de *plano* le juge supérieur ?

Ces deux questions corrélatives et dominées en apparence

Digitized by Google

par les mêmes principes, sembleraient aussi devoir appeler la même solution. Il n'en est pas toutefois ainsi, et chacune d'elles veut un examen séparé.

La *première*, celle de savoir si les parties peuvent, d'un commun accord, renoncer avant le jugement de première instance, au droit de l'attaquer par l'appel, semblait ne devoir pas soulever de sérieuses difficultés ; elle a rencontré néanmoins une assez vive opposition.

Sous l'ancien droit français, cette renonciation anticipée n'était pas admise. On la considérait comme une atteinte à l'autorité un peu jalouse des parlements, et comme une dérogation à un principe d'ordre public qui ne pouvait fléchir devant la volonté des parties : si formelle que fut l'expression de cette volonté, elle demeurait impuissante, comme *non avenue* et nulle de *plein droit*. Les parties n'avaient pas même besoin de se faire relever de leur consentement [1].

Mais l'Assemblée Constituante qui n'avait pas le même culte pour l'autorité des parlements, et qui semblait la redouter encore au moment même où elle venait de s'éteindre, se montra beaucoup plus facile, et nous le dirons volontiers, beaucoup plus raisonnable en ce point.

Voici, en effet, les termes de l'article 6, titre 4, de la loi du 16-24 août 1790 :

« En toutes matières personnelles, réelles ou mixtes, à quelque somme ou valeur que l'objet de la contestation *puisse monter* les parties *seront tenues* de déclarer *au commencement de la procédure* si elles consentent à être jugées *sans appel*, et auront encore pendant le cours de l'instance la faculté d'en convenir, auquel cas les juges de district prononceront *en premier et en dernier ressort*. »

On s'est demandé d'abord si cette disposition avait survécu à nos lois nouvelles, et en interrogeant ces lois on s'est aperçu d'une étrange lacune, d'un oubli d'autant plus regrettable qu'il a seul causé les difficultés que nous examinons.

Notre Code autorise bien la renonciation à l'appel devant *les juges de paix* : c'est la disposition formelle de l'article 7.

Il autorise bien la même renonciation devant les *tribunaux de commerce*. L'article 639 le dit en termes exprès.

[1] V. *Merlin*, Répertoire, v° *Appel*, § 7 ; *Dalloz*, au même mot, p. 38, n° 221.

Digitized by Google

Même disposition quant à l'*arbitrage* dans l'article 1010.

Mais quant aux *tribunaux civils*, quant aux questions ordinaires pas un mot ni dans le Code de procédure ni dans aucune autre de nos lois.

Et chose plus singulière ! Ces Codes, comme on l'a vu, ont été modifiés précisément en ce qui touche le dernier ressort.

L'article 639 du Code de commerce, remplacé quant au chiffre par la loi du 3 mars 1840, répète textuellement : « Les tribunaux de commerce jugeront en *dernier ressort* 1° toutes les demandes dans lesquelles les parties justiciables de ces tribunaux et usant de leurs droits *auront déclaré vouloir être jugées définitivement et sans appel.* »

Et cette disposition *itérative* pour les tribunaux de commerce ne se retrouve pas dans la loi parallèle et antérieure du 11 avril 1838 sur les tribunaux civils et ici elle eût été d'autant plus nécessaire qu'elle ne se trouvait pas comme l'autre, écrite déjà dans nos Codes.

Ce silence absolu, prolongé, gardé volontairement, en pleine connaissance de cause, en présence des trois dispositions formelles relatives aux juges de paix, aux tribunaux de commerce, aux arbitres, ce silence, disons-nous, a inquiété d'excellents esprits et a fait croire à quelques-uns que la renonciation à l'appel n'était point permise devant les tribunaux civils.

Ils ont pensé d'abord que la loi du 16-24 août 1780 n'existait plus en présence de l'article 1040 du Code de procédure civile, qui dispose en termes formels qu'à compter du 1er janvier 1807, toutes lois, coutumes, usages et règlements *relatifs à la procédure seront abrogés.*

Ils ont pensé ensuite que la lacune volontaire du droit commun ne pouvait pas être comblée à l'aide d'emprunts faits au droit exceptionnel ; que celui-ci, au contraire, emprunte souvent au premier ses dispositions générales pour éclairer ou pour compléter des dispositions spéciales ; c'est la raison, c'est l'usage, c'est la loi ; mais il ne faut pas les intervertir et transplanter un article du Code de commerce dans le Code de procédure civile, alors surtout que celui-ci, mis deux fois en demeure, a refusé de l'écrire.

Nous devons convenir que la lacune signalée n'est que trop réelle, et que si le législateur n'avait voulu édicter qu'une

Digitized by Google

seule fois le droit de renoncer à l'appel, il eût été plus satisfaisant et plus logique que le droit commun posât d'abord la règle qui de là serait passée naturellement au droit exceptionnel, au lieu de la faire remonter de celui-ci à celui-là, contre toutes les habitudes juridiques.

Mais en examinant la question d'un point de vue plus élevé, il est impossible d'admettre qu'une disposition aussi favorable que celle qui permet de renoncer à l'appel, ait été précisément déniée aux causes civiles ordinaires, c'est-à-dire aux causes les plus nombreuses et qui tiennent la plus large place soit dans les prévisions de la loi, soit dans la pratique.

Il y avait donc même raison de décider sinon raison plus impérieuse.

Mais en dehors des règles de procédure, n'y a-t-il pas un principe supérieur qui domine la question et la résout? Tout citoyen maître de ses droits ne peut-il pas valablement en disposer et même y renoncer par transaction, compromis ou autre contrat librement consenti? Les deux degrés de juridiction sont de droit public, en ce sens que nul ne peut en être privé *malgré lui;* mais quand il donne son consentement, quand il reçoit celui de son adversaire, cette convention qui porte sur un objet licite ne devient-elle pas la loi des parties?

Cet argument, pris dans les notions essentielles du droit, nous semble préférable à ceux qu'on est allé chercher laborieusement dans le rapprochement des textes, dans les analogies trompeuses de juridiction, dans les débris d'une vieille loi.

Après de longues hésitations, la majorité des auteurs et des arrêts est revenue à cette opinion, mais ils ont encore été divisés sur les moyens de solution [1].

Les uns se prévalent uniquement des règles du droit exceptionnel qu'ils appliquent *à fortiori* au droit commun, par voie de conséquence.

Les autres soutiennent que l'article 6 de la loi du 24 août 1790

[1] V. *Henrion de Pensey*, t. I, p. 374. — *Merlin*, Répertoire et *Questions de droit*, v° *Prorogation de juridiction*. — *Toullier*, t. I, p. 62 et suiv. — *Pigeau*, liv. II, tit. 4, chap. 1. — *Favard de Langlade*, t. I, p. 160. — *Chauveau sur Carré*, t. I, p. 27 et suiv., et question 1634. — *Bonnier*, p. 130, n° 147. — *Dalloz*, v^is *Appel* et *Prorogation de juridiction*. — *Tallandier*, p. 361 et suiv. — *Boitard*, t. II, p. 190. — *Benech*, t. II, p. 420. — *Poncet*, t. I, p. 460. — *Freminville*, t. I, p. 504 et suiv.

Digitized by Google

subsiste encore, mais seulement dans la partie qui permet de renoncer à l'appel.

D'autres, enfin, se rallient au principe normal de la liberté des conventions que nous venons de rappeler.

C'est à ce principe que la Cour de cassation a donné elle-même la préférence.

« Attendu, disait-elle dans son arrêt du 4 février 1829 (Sirey, 1831, 1, 56), qu'il n'en est pas de la règle des deux degrés de juridiction comme de la compétence *ratione materiæ*, qui, tenant essentiellement à l'ordre de juridiction et à ce titre régis par les principes de l'ordre public, ne peuvent recevoir aucune atteinte ni par le silence ni même par l'adhésion des parties; qu'il est permis et devant les juges de paix et devant les tribunaux de première instance de consentir à être jugé en dernier ressort, *les parties étant seules intéressées aux deux degrés de juridiction;* c'est toujours une question *d'intérêt privé, d'intérêt individuel*, et les tribunaux qui jugent sont dans des cas semblables constitués légalement les juges de la cause et des parties. »

Un autre arrêt de la même Cour, du 27 *août* 1840 (Sirey, 1840, 1, 307), considère aussi « que la volonté des parties n'est pas enchaînée par la loi au point de ne pouvoir *déroger à la règle des deux degrés de juridiction.* »

Enfin, l'arrêt le plus récent sur cette matière est du 26 *juin* 1855. On voit que la polémique dure encore. Cet arrêt est ainsi conçu :

« Attendu que le droit d'appel est une faculté accordée par la loi à celui qui a été condamné en première instance, et que de même qu'on peut renoncer à cette faculté après le jugement, aucune *loi n'interdit aux parties d'y renoncer*, soit avant le jugement, soit avant toute contestation; que la disposition de l'article de la loi du 24 août 1790 *n'a pas été abrogée en ce point* » (arrêt de la chambre des requêtes, du 26 juin 1855) (Sirey, 1855, 1, 708).

Ce dernier motif était peut-être superflu ; le premier semblait suffire. Ils ne concordent pas, d'ailleurs, parfaitement. Si l'on admet la renonciation parce qu'*aucune loi ne la défend*, pourquoi exhumer une ancienne loi qui *autorise* cette renonciation, alors surtout qu'il est fort douteux qu'un *fragment* de cette loi ait résisté à l'article 1040 que nous venons de rappeler?

Est-il bien facile de comprendre, en effet, que la nouvelle loi

Digitized by Google

qui remplaçait l'ancienne ait voulu conserver un article isolé de celle-ci, et l'ait même coupé en deux pour en sauver une partie et laisser périr l'autre? Ce procédé, rarement usité, aurait dû être plus explicite. L'abrogation de l'article 6 et de la loi entière de 1790 nous a paru complète, sans exception ni réserve.

Peut-être eût-il été désirable que cet article fût conservé ou reproduit, non dans une partie de sa disposition, mais dans son ensemble. On aurait ainsi comblé sa lacune signalée dans nos Codes, quant aux affaires ordinaires; et d'un autre côté on aurait, sans gêner la liberté des plaideurs, facilité l'abréviation de beaucoup de procès.

On a vu, en effet, que cet article exigeait seulement que les parties fussent tenues, au début ou pendant le cours de l'instance, de déclarer si elles voulaient être jugées en premier ou en dernier ressort.

Elles pouvaient à leur choix répondre négativement ou affirmativement. Les plaideurs illettrés étaient ainsi prévenus et mis en demeure de s'expliquer; ils ne le sont pas aujourd'hui. Les plaideurs plus instruits peuvent douter eux-mêmes de cette faculté, puisque de graves jurisconsultes doutent encore et que la question se débattait naguère devant la Cour de cassation.

Le fait est que cette faculté n'est presque jamais exercée devant les tribunaux ordinaires. C'est exactement comme si elle n'existait pas, comme si elle était ignorée des juges, des justiciables et de leurs conseils; comme si le système contraire avait prévalu dans nos lois.

Ne pourrait-on pas raisonnablement espérer, sans se livrer à de trompeuses illusions, que si ce droit de renoncer à l'appel était dégagé des nuages qui l'entourent, s'il était mis au grand jour d'une manière absolue et sans distinction ni argumentation possible, s'il était bien expliqué aux plaideurs et bien compris par eux, ne pourrait-on pas espérer, disons-nous, qu'il en serait fait un plus fréquent usage devant les tribunaux civils, comme devant les juges consulaires, devant les juges de paix et devant les arbitres? Et ce serait là, à notre sens, un immense bienfait, si réduite que fût la proportion dans laquelle on l'accepterait.

Sur le tout, et malgré la diversité des opinions, malgré les détours qu'elles ont pris pour arriver, en définitive, au même résultat, ce résultat est aujourd'hui parfaitement acquis, et on

Digitized by Google

peut le signaler, en ces termes, aux plaideurs de toutes les classes : « Ce n'est pas seulement devant les tribunaux de paix, de commerce et d'arbitres qu'on peut renoncer à l'appel, on le peut aussi, malgré le silence de la loi, devant les tribunaux civils, soit par acte public, soit par acte privé, soit par des actes extra-judiciaires signés des parties maîtresses de leurs droits. »

La seconde question, celle qui consiste à savoir si, par contre, les parties peuvent, toujours d'un commun accord, renoncer au premier degré de juridiction et saisir de *plano, omisso medio*, le juge supérieur, est plus grave et plus difficile, soit en théorie, soit dans la pratique; aussi a-t-elle divisé plus profondément les jurisconsultes. Le plus grand nombre incline cependant vers l'affirmative.

L'argument capital de cette opinion est puisé dans la solution précédente.

S'il est vrai, dit-on, que la règle des deux degrés de juridiction puisse fléchir devant la volonté des parties maîtresses de leurs droits, pourquoi ne leur serait-il point permis de renoncer au *premier* comme au *second* degré?

La renonciation au premier degré serait même plus favorable, puisque les parties peuvent s'affranchir ainsi des lenteurs et des frais d'une instance à peu près inutile, car, en définitive, l'affaire doit aboutir au juge supérieur. Il est bien entendu, en effet, qu'il ne peut s'agir ici que des causes sujettes à l'appel.

M. Dalloz nous apprend, dans son excellent Répertoire *V° Degrés de juridiction*, qu'il avait plaidé la thèse contraire, en 1824, devant la Cour de cassation, mais qu'il avait perdu son procès. En effet, la Cour jugea alors, comme elle avait jugé avant, comme elle continua à juger depuis, « qu'il pouvait être dérogé par la volonté des parties à la règle des deux degrés de juridiction, et que notamment une Cour d'appel pouvait, du consentement des parties, statuer sur leur contestation, bien qu'elle n'ait pas été portée devant le tribunal de première instance. »

Le savant avocat, converti par ces arrêts, a professé depuis leur doctrine, mais non, toutefois, sans quelque hésitation.

« C'est une grave question, dit-il (p. 233), que celle de savoir si la règle des deux degrés de juridiction est d'ordre public, en ce sens qu'il ne soit pas au pouvoir des parties d'y renoncer,

Digitized by Google

ou si, au contraire, les parties peuvent, d'un commun accord tacite ou exprès, *franchir le premier degré de juridiction et porter* de plano *leur contestation devant la Cour.* »

Il cite pour l'affirmative les arrêts dont nous venons de parler et l'opinion de quelques auteurs[1]. « Cette opinion, dit-il, facilite aux plaideurs le moyen de s'affranchir de la nécessité de parcourir tous les degrés de juridiction. Il n'en peut résulter de graves inconvénients pour l'économie de l'ordre judiciaire, d'abord parce que *le concours des deux parties est nécessaire*, ensuite parce qu'il faut encore que la Cour d'appel *consente à juger*, et que les Cours d'appel ne manqueront pas de se dessaisir d'office toutes les fois qu'il leur paraîtra utile que le premier degré de juridiction soit préalablement épuisé, ou bien lorsqu'elles remarqueront que les demandes se multiplient de manière à absorber une partie considérable du temps qu'elles doivent à la décision de jugements émanés des juridictions inférieures. »

Nous voudrions que cette opinion fût la seule vraie, car elle rentre complétement dans la pensée et le but de notre travail, *l'abréviation des procès*, et un des meilleurs moyens d'atteindre ce but serait assurément d'autoriser les plaideurs à s'affranchir du premier degré de juridiction aussi bien que du second.

Mais nous éprouvons à cet égard, malgré de si imposantes autorités, des doutes sérieux, que nous demandons la permission d'énoncer en peu de mots :

D'abord, nous ne saurions admettre l'argument *d'analogie.* Puissant quelquefois, cet argument est souvent dangereux. Il nous paraît l'être ici. Il ne faut pas, en effet, conclure *à priori* du second au premier degré ; la faculté de renoncer à l'un n'emporte pas nécessairement la faculté de renoncer à l'autre.

Ce n'est pas la loi qui encourage cette assimilation, car,

[1] Ces arrêts, indépendamment de ceux rapportés sur la première question, sont les suivants : 11 mars 1807 et 1er avril 1818, rapportés l'un et l'autre Collection nouvelle, année 1818, p. 524 ; — 16 juin 1824, rendu contre la plaidoirie de M. Dalloz ; — 4 février 1829 : Sirey, 1831, 1, 56 ; — 22 décembre 1833 : Sirey, 1834, 1, 350 ; — 27 avril 1840 : Sirey, 1840, 1, 507. — Parmi les auteurs qui ont approuvé cette jurisprudence, on peut citer, indépendamment de M. *Dalloz* : *Bonnier*, t. I, p. 130, n° 147 ; — *Tallandier*, p. 363, n° 351, etc.

Digitized by Google

ainsi qu'on l'a vu, elle a *trois textes formels* pour autoriser la renonciation à l'appel, et pas un seul qui permette de franchir le premier degré de juridiction.

Ce silence, ce contraste seraient déjà bien significatifs.

Mais la pensée de la loi s'est autrement révélée.

Si l'on parcourt, en effet, le Code de procédure, et notamment le titre *De l'appel*, si l'on relit avec soin nos décrets organiques de 1808 et de 1810, on demeure convaincu que les Cours impériales, si justement dénommées *Cours d'appel* par la loi de l'an VIII, ne furent instituées, en effet, que pour juger *sur appel*, que pour apprécier une décision déjà rendue, que pour faire un second examen de la même affaire, mais à la condition d'être légalement saisies par un *acte d'appel* valable, dont l'objet, les formes et les délais furent, à toutes les époques, déterminées soigneusement, minutieusement par la loi elle-même. En un mot, que ce n'est pas une *demande* qu'on porte devant la juridiction supérieure, mais un *jugement* qu'on lui défère.

Il serait inutile de rappeler ici la longue série des dispositions d'où ressort cette vérité; quelques-unes seulement.

L'article 464 défend de former en cause d'appel aucune demande *nouvelle*, et à plus forte raison un procès nouveau tout entier.

L'article 473 donne en certains cas aux Cours impériales le droit d'évoquer et de juger le fonds, bien qu'il n'ait pas été jugé en première instance. Cette sage disposition, dont les Cours impériales font chaque jour une si intelligente application, ne sert qu'à mieux confirmer la règle qui exige avant tout un premier jugement et un acte d'appel contre ce jugement. Hors de là, point de compétence possible, point de juridiction pour le juge supérieur, sauf quelques cas exceptionnels dont nous parlerons tout à l'heure.

L'article 473 n'aurait pas de raison d'être si cette règle n'existait pas. Il est là comme une exception.

Il en serait de même de l'article 472 relatif à l'exécution des jugements dans les cas d'infirmation. Le consentement des parties ne peut pas modifier ces dispositions.

Les titres entiers du même Code, touchant *le règlement de juges* et le *renvoi* d'un tribunal à un autre pour *cause de suspicion légitime*, ne se comprendraient pas davantage.

Digitized by Google

Ce serait assurément le cas ou jamais de renvoyer directement devant une Cour impériale ou d'autoriser les parties à la saisir elles-mêmes; mais la loi s'y oppose. Elle veut absolument qu'à défaut d'un tribunal la cause soit renvoyée devant un autre tribunal. Elle veut que ce premier degré de juridiction soit épuisé, quels que soient, dans ce cas, les embarras, les lenteurs et les évolutions de procédure. La Cour de cassation elle-même ne pourrait pas, dans son omnipotence, s'écarter de cette règle, même avec le consentement exprès des parties. Ici leur volonté est impuissante; elle se brise contre la volonté formelle de la loi.

L'article 2 du décret organique du 20 avril 1810 dispose que « les Cours impériales connaîtront des matières civiles et criminelles, *conformément aux Codes et aux lois du royaume.* » Or, encore une fois, les lois et les Codes, loin de permettre aux plaideurs de saisir directement les Cours impériales, et à celles-ci de prononcer, se sont appliquées, au contraire, à réglementer séparément chaque degré de juridiction, afin qu'on ne puisse les confondre sous aucun prétexte.

C'est ici qu'ils conservent, dans toute sa plénitude, ce caractère d'ordre public auquel il n'est pas permis de déroger par des conventions particulières (art. 6, Code Nap.). Autorisées formellement pour le premier cas, elles ne l'ont pas été, elles ne devaient pas l'être pour le second, sous peine de jeter un trouble profond dans toute notre organisation judiciaire.

En vérité, si le système que nous combattons était appliqué aussi largement qu'il est enseigné, on pourrait aller jusqu'à dire que les tribunaux de première instance et les justices de paix elles-mêmes sont à peu près inutiles, et qu'il ne resterait qu'à les supprimer.

Dans une question de cette nature, il paraît inutile d'opposer des autorités à des autorités; qu'il nous soit permis seulement de rappeler l'opinion d'un magistrat, le plus compétent, selon nous, sur la question d'organisation judiciaire.

« Les Cours d'appel, dit M. *Henrion de Pensey* (t. I, p. 411, 2e éd.), ont la plénitude de l'autorité judiciaire; leur juridiction est *universelle;* bornée aux affaires dont la connaissance leur est dévolue par la voie *de l'appel*, il y aurait de leur part incompétence, si elles *se permettaient* de statuer sur une demande

Digitized by Google

principale qui n'aurait pas subi le premier degré de juridiction[1]. »

Mais au lieu de multiplier les citations, voyons si celles qu'on nous oppose ont bien toute la portée qu'on veut leur donner.

Rappelons d'abord que ces opinions, et nous le disons à leur éloge, ont été émises en général avec une grande réserve et sans dissimuler la gravité de la question.

Les écrivains les plus fermes dans leur système nous paraissent l'avoir un peu compromis par la restriction suivante, déjà indiquée par M. *Dalloz :* « Les Cours saisies directement, si elles se trouvent trop encombrées, ou même par d'autres motifs, pourront juger ou ne pas juger, à leur volonté; elles devront toujours la préférence aux causes qui leur viennent par appel, etc. »

Qu'est-ce à dire? Le droit existe ou n'existe pas.

S'il existe, il faut l'admettre sincèrement et lui donner loyale satisfaction; dès l'instant que vous admettez l'assignation directe d'un commun accord, devant les Cours impériales, elles seraient obligées de juger sous peine de rendre cet accord illusoire. Nous l'avons déjà dit ailleurs : les juridictions ne s'établissent pas ainsi *ad libitum* d'une manière vague, indécise, selon le caprice des parties ou les convenances du juge, et pour ainsi dire sous *condition potestative* de la part de ce dernier.

Il n'y a ici, encore une fois, d'autre pouvoir que celui de la loi. Elle n'accorde pas cette latitude facultative, cette option étrange laissée au magistrat supérieur de juger ou de ne juger pas, selon sa volonté, selon la nature des causes, selon le chiffre des inscriptions aux rôles, selon telle autre circonstance accidentelle.

On dit bien que les cours ainsi directement saisies par les parties pourront juger comme *tribunal arbitral.*

Il est aisé de voir que cette objection présuppose, comme la précédente, que le droit de citation ou de présentation directe, devant les cours impériales, n'existe pas réellement : mais quelle serait d'ailleurs la portée de cette objection nouvelle?

On peut comprendre jusqu'à un certain point que les membres d'une compagnie, pris isolément, consentent par un mouvement de charité et de bienfaisance à devenir exception-

[1] Voir, dans le même sens, *Toullier*, t. I, p. 62; *Berriat-Saint-Prix*, *Poncet*, *Tallandier*, etc.

Digitized by Google

nellement arbitres pour ramener la paix dans une famille. Les exemples sont rares, et il est peut-être désirable qu'ils deviennent plus rares encore : car un magistrat se doit tout entier aux fonctions importantes dont il a l'honneur d'être revêtu.

Mais qu'une chambre entière d'une Cour impériale se constitue en tribunal d'arbitres, qu'elle se soumette aux conditions, aux formes, aux délais, aux conséquences, aux caprices d'un compromis, cela choque tellement les habitudes, les devoirs et les convenances judiciaires, que toute autre réfutation serait superflue.

Il n'en est pas moins vrai, dit-on enfin, que la Cour de cassation a formellement décidé par plusieurs arrêts, que les parties pouvaient d'un commun accord saisir la juridiction supérieure, sans s'inquiéter du premier degré ; et on rappelle les motifs de ces arrêts rendus tant sur la première que sur la deuxième question.

Nous étions impatients d'arriver à cette objection la plus forte de toutes en *apparence*.

Nous disons ainsi, car cette fois encore la jurisprudence de la Cour de cassation a été mal comprise, mal expliquée, mal appliquée ; c'est le moment de la rétablir dans son véritable sens, et de faire cesser toutes les équivoques.

Oui sans doute, dans quelques-uns de ces arrêts, le rédacteur des motifs a peut-être énoncé la proposition en des termes trop absolus dont on essaye d'abuser.

Mais qu'on pénètre plus attentivement dans les espèces de chacun de ces arrêts et dans l'esprit qui les a dictés et on sera bien vite convaincu qu'on a singulièrement exagéré leur portée.

Nous venons de les relire tous, et dans aucun il ne s'agissait d'une citation *directe* devant la Cour *omisso medio*. Dans tous au contraire, la Cour avait été déjà *saisie par un acte d'appel*.

On discutait seulement pour savoir si le juge supérieur, devant lequel on se trouvait déjà, pouvait du consentement des parties, statuer sur des chefs qui n'avaient pas été soumis aux premiers juges, et les arrêts cités faisant l'application des articles 464 et 473 et du principe que les parties en instance pouvaient d'un commun accord débattre des points non jugés, ces arrêts, disons-nous, ont décidé, selon les circonstances particulières de chaque espèce, que les Cours impériales légalement saisies pouvaient prononcer sur ces chefs nouveaux.

Digitized by Google

Voilà tout ce qui résulte des arrêts cités.

Le plus notable d'entre eux, celui dont on se prévaut davantage est à la date du 1er *août* 1818 ; or, il fut précisément rendu sous la présidence de M. *Henrion de Pensey* dont on connaît maintenant l'opinion.

Répétons que dans l'espèce de cet arrêt, comme dans toutes les autres espèces, il ne s'agissait que de proroger avec plus ou moins d'étendue les pouvoirs du juge supérieur *déjà saisi.*

Et dans l'espèce de l'arrêt de 1824 rendu contre la plaidoirie de M. *Dalloz*, il s'agissait de l'appel en cause d'un *garant* non assigné en première instance ; mais là aussi un acte d'appel avait déjà porté devant la Cour l'instance principale.

Nous pouvons donc écarter tous ces arrêts, ou pour mieux dire, les revendiquer en faveur de notre opinion, malgré les motifs trop généraux de quelques-uns.

La théorie des auteurs, soumise au même examen, nous conduit à peu près au même résultat, car ils ont soin, pour la plupart du moins, de limiter la faculté d'*évocation* aux questions nouvelles portées *incidemment* devant les Cours impériales. Or, ces deux expressions présupposent nécessairement un acte d'appel préalable, condition essentielle ou, pour mieux dire, seul moyen légal de se présenter devant elles, sauf quelques rares exceptions qui, ainsi que nous l'avons dit, ne font que confirmer la règle [1].

Ainsi on peut dire, en définitive, que sur cette question il y a eu plutôt équivoque, confusion, malentendu que diversité réelle d'opinions.

Toutes peuvent, à notre sens, se résumer et se concilier ainsi :

Non, il n'est pas interdit aux Cours impériales saisies par un acte d'appel valable, de statuer, du consentement des parties, sur des demandes portées pour la première fois devant elles, et cela malgré la disposition de l'article 464, en dehors des cas prévus par l'article 473.

Mais elles ne peuvent sans violer les lois de leur institution

[1] Parmi ces exceptions, on peut indiquer les difficultés qui s'élèvent sur l'exécution, l'interprétation ou les dépens d'un précédent arrêt, les règlements de juges dans le cas prévu par l'article 363, § 2, du Code de procédure civile, sur l'appel des arrêtés du conseil de préfecture en matière d'élections (art. 33 de la loi du 19 avril 1833).

Digitized by Google

et commettre un excès de pouvoir, prononcer sur une instance entière portée directement devant elles sans avoir subi le premier degré de juridiction.

C'est là, entre les deux points extrêmes, que nous paraît être encore la vérité. Elle ressort du texte et de l'esprit de toute notre législation.

Mais est-il désirable que cette législation soit modifiée, question plus élevée et plus philosophique qui fait naître un autre ordre d'idées et appelle moins les dissertations du juriste que les méditations du législateur.

Il ne serait pas étonnant que le désir de voir introduire quelques modifications sur ce point, eût exercé une secrète influence sur l'esprit de ceux qui pensent qu'elles existent déjà. Il leur est arrivé d'interpréter la loi actuelle, non pas comme elle est, mais comme elle devrait être à leur sens, erreur à laquelle n'échappent pas toujours les intelligences les plus exercées.

Frappées des avantages considérables qui pourraient résulter de cette faculté de présentation ou de citation directe devant le juge supérieur, elles ont cru la lire dans la loi et demandent par cela même qu'elle y soit introduite, si elle ne s'y trouve déjà.

Remarquons d'abord que ce ne serait pas une *innovation* dans nos lois.

Nous avons vu que les parlements n'admettaient pas volontiers la renonciation à l'appel, c'est-à-dire à leur juridiction.

Ils étaient plus faciles pour la renonciation au premier degré, c'est-à-dire pour l'assignation directe devant eux.

Ils ne l'accordaient, à la vérité, qu'à des plaideurs privilégiés et à des causes privilégiées aussi.

C'était un avantage exceptionnel dont jouissaient à titre de puissance et d'honneur, les causes du roi, des princes, des grands seigneurs, de quelques établissements publics[1].

[1] « A peine le parlement fut-il rendu sédentaire à Paris, dit M. *Henrion de Pensey* (t. I, p. 86), que la majesté de son costume, sa dignité dans l'exercice de ses fonctions, la sagesse de ses arrêts et l'usage où étaient les rois de délibérer avec lui sur les plus grands intérêts de l'État, le rendirent l'objet de la vénération universelle. Le droit d'avoir cette Cour pour *juge immédiat* fut mis au rang des plus *belles prérogatives;* les rois se l'attribuaient pour toutes les causes qui intéressaient leur *domaine* et leur *couronne*, et le

Digitized by Google

Certains parlements étaient moins exclusifs, moins aristocratiques ; ils avaient étendu les exceptions très-restreintes faites par le parlement de Paris.

Il en était même qui avaient effacé toutes les distinctions et qui ouvraient leur accès direct à tous les plaideurs et à toutes les causes.

Parmi ces derniers parlements, nous citerons celui de Pau. *Merlin*, dans l'ancien Répertoire, v° *Parlement*, s'exprime ainsi, p. 593 :

« Ce qu'il y a encore de particulier à ce parlement (de Pau), c'est que *toutes parties* ont droit, *en quelque cause que ce soit*, de se pourvoir *directement* au parlement sans essayer les *juridictions inférieures* des jurats ou celle des sénéchaux royaux. »

C'est, en effet, ce qui est attesté par les commentateurs de la coutume de Béarn et par les certificats de la matricule de l'ordre des avocats qui rappellent « que la haute justice appartient au roi en cette province et qu'elle est rendue dans les lieux où il n'y a pas de seigneurs médiats par le parlement seul, sans néanmoins que dans ceux où il y a des jurats royaux le *plaignant soit obligé de se pourvoir en première instance devant eux*, les Béarnais ayant le privilége de se pourvoir *directement au parlement* pour toutes les affaires, sauf en ce qui regarde la police et les amendes dues aux seigneurs médiats pour effusion de sang, etc[1]. »

Et remarquons bien que ce droit de saisir directement le juge supérieur n'était pas subordonné à la volonté réciproque des plaideurs; le demandeur assignait *de plano* devant le parlement, et le défendeur était obligé de comparaître.

conféraient aux grands du royaume et aux établissements publics qu'ils voulaient *le plus favoriser*. L'hôpital général de Paris en jouissait encore en 1789..... » — « C'était encore, dit-il page 293, un des priviléges du procureur général de porter directement à la grand'chambre du parlement les affaires dans lesquelles il était partie principale. » Il cite l'ordonnance de 1453, qui la première établit le droit de saisir *de plano* la juridiction supérieure.

[1] Certificat du 1er mars 1763. — Les législations étrangères offrent de pareils exemples. On lit notamment dans le dictionnaire de M. *Prost de Royer*, v° *Appel*, p. 448 : « *Les Gentoux :* la jurisprudence des appels est fort simple chez ce peuple célèbre, qui subsiste depuis tant de siècles avec sa simplicité et ses mœurs primitives. *Il y est libre aux parties de se faire juger de suite en dernier ressort, en s'adressant directement aux magistrats.* » La même faculté existe dans le royaume des Pays-Bas, où les parties peuvent, par un *consentement réciproque*, franchir le premier degré de juridiction.

Digitized by Google

Cette comparution forcée n'est plus dans nos lois ni dans nos mœurs, et nul ne songe à la rétablir ni à la regretter.

Mais la comparution volontaire des deux parties ! mais la faculté de convenir qu'on franchira le premier degré de juridiction pour aller de prime-abord demander justice au magistrat supérieur ! La question revêt un autre caractère et une autre importance : non pas, encore une fois, au point de vue de la loi et de la pratique actuelle, mais dans la prévision théorique d'une loi nouvelle.

Divisés sur le premier point avec d'honorables écrivains, nous le sommes moins peut-être sur le second ; nous serions même tenté de nous associer à leurs vœux, si la réalisation en est aussi facile qu'ils le pensent.

Tout le monde reconnaît que ce serait un moyen infaillible d'abréger les procès ; or c'est là, à notre sens, un point capital, un grand résultat à rechercher au risque de quelques inconvénients.

L'expérience, bien que réduite à certains cas et à certaines localités, a pleinement répondu à la sage pensée des anciens législateurs. Pourquoi n'en serait-il pas de même aujourd'hui ?

S'il fallait, comme on le craint, acheter ce bienfait au prix de notre organisation judiciaire ; s'il fallait bouleverser nos Codes, sacrifier sans nécessité des intérêts professionnels et des droits acquis, on devrait reculer devant cette idée, si séduisante qu'elle apparaisse.

Mais ces craintes ne sont-elles pas exagérées ? le droit commun ne reste-t-il pas intact et à l'usage de tous ? Nul ne sera privé, en effet, de l'avantage de suivre les phases diverses de notre procédure, de soumettre sa cause à deux examens successifs, d'accomplir consciencieusement les formalités de notre Code sans en négliger aucune. Seulement on réclame la faculté exceptionnelle de se passer de quelques-unes dans certains cas, et toujours à la condition substantielle d'un mutuel consentement.

C'est ici que peuvent se reproduire les autorités que nous venons de combattre ; c'est leur véritable place : elles y reprennent la force qui tout à l'heure semblait leur manquer.

Qu'on ne craigne rien, a-t-on dit, pour notre économie judiciaire, *car il faut l'accord de toutes les parties.*

Et cet accord est-il donc si facile à obtenir quand on n'a pu

Digitized by Google

s'accorder sur rien, quand tous les essais de conciliation ont été inutiles, quand le procès a éclaté et que les esprits aigris sont décidés à braver toutes ses conséquences?

Cette considération si pleine de justesse semble, il est vrai, enlever à notre question tout son intérêt pratique; elle réduit aussi à leur juste valeur les craintes exprimées sur le trouble apporté dans les habitudes judiciaires et dans l'exercice de quelques professions.

Mais à côté de ces plaideurs intrépides et passionnés qui, loin d'abréger les procès, voudraient les prolonger, ne peut-il pas s'en rencontrer (et il s'en rencontre, nos recueils judiciaires l'attestent) de plus raisonnables, de mieux inspirés, de mieux conseillés? N'y a-t-il pas, d'ailleurs, une infinité de cas où l'on n'a recours aux tribunaux que pour obéir à certaines précautions exigées par la loi et remplir d'un commun accord la formalité d'un jugement définitif? Les plaideurs de cette espèce, si réduit qu'en fût le nombre, trouveront-ils donc la loi inflexible à leurs convenances et à leurs intérêts?

S'ils expriment loyalement la bonne et sage résolution d'être jugés à moins de frais, à moins de temps, et de se présenter dans cet objet au juge supérieur devant lequel ils devraient nécessairement arriver plus tard, leur sera-t-il donc répondu?

« Vous êtes trop pressés; il vous faut commencer par le commencement. Le premier degré de juridiction a été créé en votre faveur; vous ne pouvez sans ingratitude refuser ce bienfait de la loi. Quelque impatient que vous soyez d'arriver au terme de vos angoisses, si légitimes, si favorables que soient les motifs qui vous le font désirer à l'un et à l'autre, rien ne peut vous libérer de cette épreuve; allez d'abord en première instance constituer un avoué, choisir un avocat, subir les plaidoiries ou l'instruction écrite, obéir aux formes, aux délais, aux incidents, aux tarifs, à la procédure entière du Code, et puis vous recommencerez tout cela devant la Cour. C'est bien elle qui doit dire et qui dira, en effet, le dernier mot, mais non pas si vite. Votre procès finirait trop tôt; il doit durer; il peut, il doit se diviser en plusieurs procès; il aura au moins deux époques distinctes, deux stations et comme deux étapes; et bien qu'elles soient chères et longues, les étapes de la procédure, vous ne pouvez ni les éviter ni les abréger; vous devez, malgré vous, les parcourir l'une et l'autre dans toute leur étendue; toute

Digitized by Google

convention contraire est mise à néant. Ne dites pas que la loi vous protége un peu plus que vous ne le voudriez; il ne vous appartient pas de discuter les conditions de cette protection et de vous y soustraire. »

Une pareille réponse pourrait bien ne pas satisfaire tous les esprits, et il en est, nous pouvons l'affirmer, qui désireraient s'être trompés quand ils ont soutenu que cette réponse était autorisée par la loi actuelle, et qui ne s'effrayeraient pas d'une disposition nouvelle qui viendrait adoucir ce qu'une telle règle peut avoir de rude et d'illogique.

Mais enfin, si l'exception réclamée paraissait trop absolue, si l'on craignait de voir réaliser quelques-uns des inconvénients signalés, si l'on persistait, en un mot, à interdire en thèse générale la renonciation au premier degré, à la différence du second, ne pourrait-on pas au moins l'accorder exceptionnellement, comme les anciennes ordonnances, non à des priviléges de noblesse, mais à des priviléges de malheur, de famille, de situation?

Ils seraient faciles à discerner les cas où la faculté de renoncer au premier degré produirait tous ses avantages sans offrir le moindre danger.

On trouverait au besoin dans la loi elle-même le germe de ces distinctions.

Les causes qui intéressent l'État ne sont pas toujours soumises aux deux degrés de juridiction, les questions d'*enregistrement*, par exemple; et bien qu'elles offrent souvent de sérieuses difficultés de droit et qu'elles portent sur des sommes considérables, les tribunaux de première instance les jugent en dernier ressort. L'appel est interdit.

Ainsi, quand ces causes et autres de même nature ne doivent subir qu'un seul degré de juridiction, pourquoi le premier au lieu du second? Ce dernier n'offrirait-il pas plus de garanties, d'après la présomption de la loi elle-même?

Pourquoi ne pas augmenter le nombre de ces causes exceptionnelles, pour les faire jouir du même avantage, de la même faveur?

Ce n'est point seulement la cause des mineurs et autres incapables qui sont dispensés par la loi (art. 49) du préliminaire de conciliation, mais aussi une infinité d'autres affaires où les parties sont néanmoins maîtresses de leurs droits. Là

Digitized by Google

aussi et dans les autres dispositions qui s'y réfèrent, on pourrait puiser de nombreuses et sages exceptions pour dispenser de l'instance, nous avons presque répété du *préliminaire* du premier degré, des procès qui par leur chiffre doivent arriver au second, et qui, par leur nature, commandent la promptitude et l'économie.

Ces exceptions nouvelles, à défaut de la règle générale, ne dépareraient pas nos lois. Elles en montreraient, au contraire, l'esprit sage, libéral, respectueux pour les conventions licites. Le sentiment qui dicterait ces conventions, loin d'être comprimé, devrait, au contraire, être protégé, encouragé; ce ne serait pas, encore une fois, un privilége accordé à telle classe de plaideurs, mais une espèce de récompense offerte à ceux qui, divisés par leur procès, auraient au moins le bon sens de s'entendre pour l'abréger et obtenir justice avec moins de bruit, avec moins de scandale quelquefois, et toujours avec plus de promptitude et d'économie. Les causes ainsi introduites d'un commun accord devant le juge supérieur, au lieu d'être exposées à un déni de justice facultatif ou rejetées à la fin du rôle, comme on le demande, nous sembleraient, au contraire, devoir obtenir un tour de faveur.

Voilà, en abrégé (car le sujet est vaste), les considérations qui permettraient de s'associer aux vœux formels ou tacites en faveur de cette importante modification; mais comme elle se rattache à l'ensemble de notre système judiciaire si fort et si complet, malgré quelques imperfections, nous ne pouvons que l'indiquer avec la prudente réserve dont on nous a donné l'exemple, et appeler sur elle de nouvelles études et un examen plus approfondi. LAVIELLE.

(*La suite à une prochaine livraison.*)

Digitized by Google

DES LIBÉRALITÉS EN FAVEUR DES ÉTABLISSEMENTS DE BIENFAISANCE

NON LÉGALEMENT RECONNUS.

Par M. C. DE BAULNY, docteur en droit, auditeur au Conseil d'État.

L'un des caractères distinctifs de notre époque est le développement inouï de l'esprit d'association; plus l'individu acquiert la conscience de son impuissance, plus le sentiment de sa faiblesse le dispose à chercher dans l'union la force qui manque à ses efforts isolés; le réveil des idées religieuses, l'expansion de la charité et de la philanthropie se sont manifestés surtout par la création d'une variété infinie d'associations de bienfaisance. Ce puissant levier leur a donné une énergie d'action qui comptera parmi les titres de gloire les plus légitimes de notre siècle. Toutefois, cet instinct qui porte aujourd'hui les particuliers à mettre en commun leur travail et leurs capitaux rencontre dans notre législation des obstacles qui l'arrêtent quelquefois, qui le ralentissent toujours. Notre ancienne monarchie déjà, pour les établissements de mainmorte, avait une défiance dont les ordonnances de 1666 et de 1749 sont l'irrécusable témoignage, et qui se couvrait de principes empruntés surtout à l'économie politique. La révolution changea cette défiance en haine implacable et aveugle; les établissements même civils et de pure bienfaisance ne furent pas épargnés. « Laissons, » disait Barrère, chargé de préparer un projet de loi sur l'assistance publique, « laissons à l'insolent despotisme la fastueuse construction des hôpitaux pour engloutir les malheureux qu'il a faits..... Dans une république, tout ce qui peut » établir la dépendance d'homme à homme doit être proscrit [1]. » Un pauvre, s'il ne voulait se dégrader, devait donc mourir de faim plutôt que de recevoir un secours d'une autre main que de celle de l'État : cette théorie faillit ruiner à jamais les établissements que la piété séculaire des ancêtres avait préparés pour le soulagement de toutes les misères et de toutes les infirmités [2].

La force des choses ramena bientôt à des mesures plus pra-

[1] *Moniteur*, séance du 22 floréal an II.
[2] Voir les lois des 27 floréal et 23 messidor an II.

Digitized by Google

tiques. L'État, renonçant à absorber toute vie dans sa vie, reconnut à côté de lui des personnalités distinctes, quoique d'une nature inférieure et subordonnée; mais il se réserva le droit exclusif de leur donner l'existence légale. Nous n'avons pas à examiner ici si cette prérogative, conforme d'ailleurs au droit traditionnel du pays, est en harmonie avec les principes nouveaux de la liberté civile. Parmi les établissements de bienfaisance, un certain nombre des plus importants ont été l'objet d'actes du pouvoir souverain qui les ont classés soit parmi les établissements publics, soit parmi les établissements d'utilité publique[1]. La plupart n'ont pas reçu cette consécration officielle, soit que l'exiguïté de leurs ressources et la précarité de leur existence n'aient pas permis de leur donner cette haute sanction, soit que leur organisation intérieure et leurs tendances n'aient pu se plier aux exigences administratives. Ils n'ont qu'une existence de fait, et la législation qui les régit se réduit aux articles suivants du Code pénal :

« Art. 291. Nulle association de plus de vingt personnes dont le but sera de se réunir tous les jours ou à certains jours marqués pour s'occuper d'objets religieux, littéraires, politiques ou autres, ne pourra se former qu'avec l'agrément du gouvernement et sous les conditions qu'il plaira à l'autorité publique d'imposer à la société.

» Art. 292. Toute association de la nature ci-dessus exprimée qui se sera formée sans autorisation, ou qui, après l'avoir obtenue, aura enfreint les conditions à elle imposées, sera dissoute.

» Art. 294. Tout individu qui, sans la permission de l'autorité municipale, aura accordé ou consenti l'usage de sa maison... pour la réunion des membres d'une association même autorisée, ou pour l'exercice d'un culte, sera puni d'une amende de seize francs à deux cents francs. »

Les associations non reconnues sont donc soumises au bon plaisir de l'autorité supérieure quant à leur existence, de l'autorité municipale quant à leurs réunions. Malgré tous les dangers attachés à une pareille position, elles ont conquis dans la

[1] La première de ces catégories dépend directement de l'administration; la seconde conserve un caractère privé; toutes deux jouissent de la capacité civile.

Digitized by Google

société une place importante et respectée; beaucoup d'entre elles marchent de pair avec les établissements de bienfaisance officiels; elles ont des statuts réguliers, des budgets considérables, des réunions solennelles; elles possèdent des rentes, des immeubles même, et souvent la bienveillance de l'administration se manifeste par des subventions communales ou départementales. Mais toute la sympathie du pouvoir exécutif ne saurait les relever de l'incapacité absolue dont la loi les frappe et que la loi seule pourrait faire disparaître. Les tribunaux leur sont fermés; elles ne peuvent acquérir à titre onéreux que sous le nom de personnes interposées, et en courant tous les risques qu'entraîne ce mode de procéder; elles ne peuvent recevoir que des donations manuelles. Le législateur, qui les connaît quand il s'agit de les punir, ne les connaît plus quand il s'agit de les protéger.

Il arrive tous les jours que des legs sont faits à des établissements non reconnus, mais dont l'utilité est unanimement proclamée. L'administration se trouve alors en face d'un devoir rigoureux : répudier un bienfait destiné au soulagement des classes souffrantes. *Summum jus, summa injuria!* On a pensé qu'il y avait un moyen d'assurer l'exécution de ces libéralités, et de concilier le respect de la loi et l'intérêt des pauvres. Ce moyen consiste à dire que les indigents sont les véritables légataires, et à substituer le maire, qui est leur représentant légal, à l'établissement désigné, qui est sans qualité pour figurer dans un décret. Cette doctrine, d'un grand intérêt pratique, soulève de graves questions de droit tant civil qu'administratif. Le Conseil d'État, tout en adoptant le principe, s'est souvent séparé du ministère de l'intérieur quant aux applications qu'il convenait d'en faire.

De ses décisions s'est formée une jurisprudence qui, soumise à une étude superficielle, semble présenter quelques contradictions, mais dont un examen plus sérieux démontre la constance et l'unité. Dans ces derniers temps, le ministre de l'intérieur, qui se croyait en face d'opinions hésitantes et mal définies, crut devoir provoquer une solution de principe.

Une dame Leclerc avait légué une rente de 189 francs à la crèche de Saint-Philippe du Roule, établissement non reconnu. Le préfet de la Seine proposait que le directeur général de l'assistance publique fût autorisé à accepter ce legs au nom des

Digitized by Google

pauvres mères du 1er arrondissement de Paris. Par une dépêche en date du 26 janvier 1858, le ministre demanda qu'à cette occasion la section de l'intérieur fît connaître les règles qu'elle entendait suivre sur cette matière délicate. Ce fut l'objet d'une étude longue et consciencieuse. M. le conseiller d'État baron de Bussierre apporta dans le rapport de cette affaire des vues à la fois élevées et pratiques, et, tout en justifiant le Conseil d'État des contradictions qui lui étaient imputées, il mit en relief, à côté des principes de droit qu'il fallait respecter, les règles de bonne administration qui devaient en modérer l'application.

La section de l'intérieur, à laquelle le président du Conseil d'État avait bien voulu apporter le concours de ses lumières et l'autorité de son expérience, adopta, le 7 décembre 1858, un avis dont nous croyons devoir reproduire le texte, qui sera comme la base de toute cette étude ; nous examinerons ensuite la jurisprudence qu'il résume au point de vue, 1° du droit, 2° de la bonne administration.

« La section de l'intérieur. . . . .

» Sur la question de principe. . . . ., vu, etc. . . . . ;

» Considérant qu'aux termes de l'ordonnance réglementaire » (du 2 avril 1817), c'est aux maires qu'il appartient d'accepter » les dons et legs faits pour le soulagement et l'instruction des » pauvres ;

» Que, dès lors, l'autorité municipale est fondée à réclamer » l'autorisation d'accepter les legs faits à des établissements » non légalement reconnus, lorsque ces legs portent évidem- » ment le caractère de dispositions faites au profit, soit de la » généralité des pauvres, soit d'une catégorie spéciale des in- » digents de la commune ;

» Considérant toutefois qu'il importe de réserver à l'autorité » supérieure une entière liberté d'appréciation des demandes » de cette nature ;

» Considérant, en effet, que l'extrême variété des circon- » stances d'espèces doit conduire, dans cette matière, à des » décisions diverses, et que le consentement donné par les hé- » ritiers à la délivrance des legs ne peut pas être considéré » comme le seul motif, ni même comme le motif principal de » décider ; que s'il est vrai, comme l'indique M. le ministre de

Digitized by Google

» l'intérieur dans sa dépêche ci-dessus visée, que ce consente-
» ment doit, en règle générale, lever tous les doutes en ce qui
» touche les chances de contestations judiciaires qu'il importe
» d'éviter aux communes, il peut arriver aussi que nonobstant
» l'adhésion des héritiers, le gouvernement ne juge pas à pro-
» pos d'autoriser, l'acceptation des legs par l'entremise de l'au-
» torité municipale, soit parce que les libéralités ne lui paraî-
» traient pas rentrer suffisamment dans le cadre des prévisions
» de l'ordonnance réglementaire de 1817, soit pour tout autre
» motif résultant des circonstances de chaque espèce;

» Mais que, d'autre part, il est possible aussi que le consen-
» tement des héritiers ne paraisse même pas nécessaire ;

» Qu'en effet le testateur, tout en désignant comme léga-
» taire un établissement charitable non légalement reconnu,
» peut avoir employé des termes tels et être entré dans des ex-
» plications si formelles qu'aucun doute ne saurait s'élever sur
» l'intention qu'il avait de gratifier de sa libéralité, non pas
» l'établissement charitable lui-même, en sa qualité person-
» nelle, mais uniquement la classe spéciale d'indigents à
» laquelle l'établissement désigné consacre ses soins.

» Qu'il existe d'ailleurs un grand nombre d'établissements
» charitables qui, bien que non légalement reconnus, se rat-
» tachent par des liens si étroits à l'administration municipale,
» soit par l'effet de subventions fixes et annuelles qui leur sont
» attribuées sur le budget communal, soit même par les dé-
» tails de leur organisation intérieure, qu'ils peuvent être con-
» sidérés comme ayant réellement acquis le caractère d'éta-
» blissements communaux ;

» Et qu'enfin le respect de la volonté des testateurs et l'inté-
» rêt des pauvres doivent conduire à rechercher, autant que
» possible, l'interprétation la plus favorable à l'accomplisse-
» ment des legs ;

» Considérant que c'est en se plaçant suivant les particula-
» rités de chaque espèce aux divers points de vue qui viennent
» d'être indiqués, que le Conseil d'État et la section de l'inté-
» rieur ont pris, dans cette matière, des décisions dont les
» contradictions signalées par M. le ministre de l'intérieur ne
» sont qu'apparentes et qui découlent réellement des mêmes
» principes.

Digitized by Google

» Est d'avis :

» Qu'en règle générale, il y a lieu d'autoriser les administrations à accepter les libéralités faites à des établissements » non légalement reconnus, lorsque ces libéralités rentrent » dans les prévisions de l'ordonnance réglementaire du 2 » avril 1817, sauf toutefois l'appréciation des circonstances » particulières de chaque espèce et en se conformant d'ailleurs » à la jurisprudence établie par les précédents du conseil » d'État.

» En ce qui touche le legs fait à la crèche de Saint-Philippe » du Roule, vu..... etc.

» Considérant que la destination du legs de la dame veuve » Leclerc est évidemment de concourir au soulagement des » mères indigentes du 1er arrondissement de Paris;

» Considérant que la légataire universelle de la testatrice » consent à la délivrance du legs ;

» Considérant d'ailleurs que ledit legs consiste dans la nu-» propriété d'une inscription de rente dont les arrérages devront » recevoir, après l'extinction de l'usufruit dont cette rente est » grevée, la destination indiquée par la testatrice ; que dès lors, » il importe, dans l'intérêt des pauvres, que l'autorité muni-» cipale intervienne dans l'acceptation du legs, afin d'assurer » à perpétuité son emploi charitable conformément aux inten-» tions de la testatrice ;

» Considérant qu'en autorisant le directeur de l'assistance » publique à Paris à accepter le legs de la dame veuve Leclerc, » l'autorité supérieure prendrait une décision qui n'aurait rien » d'inconciliable avec celle résultant de l'avis du 30 octo-» bre 1855, relatif à un legs fait à la crèche du 11e arrondis-» sement de Paris ;

» Qu'en effet, dans l'espèce à laquelle se rapportait ledit » avis, il s'agissait du legs d'une somme de cent francs, somme » minime dont les héritiers consentaient la délivrance, et dont » la distribution immédiate, conformément aux intentions du » testateur, était par conséquent suffisamment assurée, sans » qu'il ait paru nécessaire de faire intervenir l'autorité muni-» cipale;

» Est d'avis :

» Qu'il y a lieu d'autoriser le directeur de l'administration » générale de l'assistance publique à Paris à accepter le legs de

Digitized by Google

» la nu-propriété d'une rente de 189 francs, sur l'État, fait par » la dame veuve Leclerc, au profit des mères pauvres du 1er ar- » rondissement de Paris, pour être employé conformément » aux intentions de la testatrice. »

La première question que soulève cet avis est celle-ci :

L'administration a-t-elle, aux termes de nos lois, un droit véritable à exiger la délivrance des libéralités faites dans de pareilles conditions? Nous examinerons ensuite les droits que peut avoir l'établissement non reconnu désigné dans le testament.

I. *Droit de l'autorité municipale.* — Le maire, représentant légal des pauvres, aux termes de l'article 3 de l'ordonnance du 2 avril 1817, peut-il intervenir toutes les fois que ceux qu'il représente ont intérêt à l'acceptation d'un legs? La jurisprudence admet l'affirmative. Elle se fonde sur la règle d'interprétation : *potius ut valeant quam ut pereant,* règle reproduite dans les termes les plus formels par le Code Napoléon :

» Art. 1157. Lorsqu'une clause est susceptible de deux sens, on doit plutôt l'entendre dans celui avec lequel elle peut avoir quelque effet, que dans le sens avec lequel elle n'en pourrait produire aucun. »

La Cour de cassation applique cet article dans une matière analogue à la nôtre. En matière de substitutions prohibées, toutes les fois qu'une clause peut être comprise dans un sens licite, le tribunal suprême refuse d'admettre l'interprétation qui la ferait tomber sous le coup de la loi.

Pourquoi ne pas appliquer ici ce système équitable?

Une somme est léguée à un établissement notoirement connu pour consacrer toutes ses ressources au soulagement des indigents, ou, ce qui sera plus fréquent, d'une classe spéciale d'indigents. Quel est le véritable légataire? Ne perdons pas de vue ce principe élémentaire de notre droit civil qui veut qu'on s'attache à l'intention plutôt qu'au sens littéral des mots[1], et disons que le véritable légataire est celui qui profite de la libéralité, et non celui entre les mains de qui passent les fonds, mais qui ne saurait sans crime en retenir la moindre parcelle. Je ne vois dans cet agent de distribution, désigné par le défunt,

[1] C. Nap., art. 1156.

Digitized by Google

qu'un fidéi-commissaire, un exécuteur testamentaire ; il est vrai que le testateur a prescrit l'emploi de son ministère ; mais aux termes du Code Napoléon, art. 900, les conditions impossibles ou illicites sont, en matière de dons et legs, réputées non écrites ; la disposition testamentaire est donc scindée et il subsiste un legs pur et simple en faveur des pauvres. Dès lors, rien ne s'oppose à ce que leur représentant légal intervienne pour leur en assurer le bénéfice. Les héritiers pourront soutenir devant les tribunaux que la volonté du défunt a été mal comprise, et qu'il voulait assurer la prospérité de l'œuvre désignée, plutôt que le soulagement des indigents ; s'ils triomphent, l'administration sera déclarée sans qualité pour accepter et le legs sera caduc ; mais la preuve à faire leur incombera et la présomption sera en faveur des pauvres représentés, aux termes de l'ordonnance du 2 avril 1817, par l'autorité municipale.

La jurisprudence est d'accord avec la doctrine que nous venons d'exposer. Appliquée depuis longtemps par le Conseil d'État, cette théorie vient d'être formellement consacrée par l'avis du 7 décembre 1858. « L'autorité municipale est fondée » à réclamer l'autorisation d'accepter les legs faits à des éta- » blissements non légalement reconnus, lorsque ces legs portent » évidemment le caractère de dispositions faites au profit soit » de la généralité des pauvres, soit d'une catégorie spéciale des » indigents de la commune. »

Nous avons traité la question à un point de vue abstrait et en supposant le caractère de la libéralité reconnu par tous les intéressés. Mais à quels signes reconnaître ce caractère ? Comment distinguer si le legs est fait aux pauvres ou à l'établissement dénommé : c'est une question d'appréciation fort délicate dont la solution appartient aux tribunaux, dont le Conseil d'État doit aussi se préoccuper pour ne pas ouvrir la porte à des procès et à des prétentions téméraires. Nous ne pouvons que signaler les considérations qui ont le plus fréquemment déterminé ses décisions et qui se rapportent : 1° au caractère de l'établissement désigné, 2° à la nature du legs, 3° aux termes du testament.

1° *Caractère de l'établissement.* Il faut vérifier s'il s'agit d'un établissement de bienfaisance dans le sens légal du mot, ce qui met immédiatement en dehors toutes les œuvres exclusivement religieuses, la grande œuvre catholique de la Propagation de la

Digitized by Google

foi, par exemple. Les œuvres qui s'occupent au contraire exclusivement du soulagement de telle ou telle misère, donnent lieu sans difficulté à l'application de notre doctrine. Les exemples abondent. Le sieur Bouctot avait laissé 10,000 francs à la société de charité maternelle de Rouen. « La société ne peut » être autorisée à accepter ce legs, mais ce n'est pas un motif » pour que les pauvres mères surchargées d'enfants ne pro- » fitent point de la libéralité du testateur[1]. » Signalons aussi un avis conçu dans des termes analogues, relatif à l'acceptation d'un legs fait à l'établissement protestant de Neuhoff pour l'éducation des enfants pauvres[2].

Une circonstance qui a toujours eu une influence déterminante sur les décisions du Conseil d'État, est le concours officiel des communes à l'action de l'établissement non reconnu. Il arrive souvent que des œuvres créées par la féconde initiative de la charité privée prennent avec le temps un caractère presque municipal : l'administration accorde des secours temporaires, puis des subventions annuelles; d'autres fois, elle fonde des bourses; l'organisation intérieure reste distincte de l'assistance publique, telle que les lois la constituent; mais ce fait seul, que le nom de l'établissement figure au budget communal, justifie l'intervention du maire? le Conseil d'État y trouve la garantie que la volonté du défunt sera exactement suivie, et que l'établissement désigné ne marche pas dans une voie contraire aux tendances du gouvernement. Voici un des exemples les plus remarquables que nous offre la jurisprudence : Un legs avait été fait à la maison des orphelins de Metz; un avis préparatoire du 21 novembre 1851, demanda des renseignements sur le caractère de cet établissement, et le ministre de l'intérieur, par une lettre du 4 février 1852, fit connaître : » Que la ville de Metz entretenait, depuis 1848, moyennant une » somme de 1,000 francs, quatre bourses à l'établissement des » orphelins. »

Cette déclaration fit cesser tout scrupule, et la section de l'intérieur donna un avis favorable à la date du 18 mars 1852; et depuis elle a persisté dans la même doctrine par deux autres avis, le premier du 18 mars 1852, le second du 3 janvier 1859,

[1] Avis du Conseil d'État du 11 juillet 1849; rapporteur, Pérignon.

[2] Legs Goënner. — Avis de la section de l'intérieur, 23 septembre 1856; rapporteur, de Bosredon.

Digitized by Google

qui fut considéré comme une conséquence nécessaire des principes proclamés par l'avis du 7 décembre 1858[1].

La reconnaissance postérieure de l'établissement légataire peut être considérée comme une circonstance plus déterminante encore; aux termes du Code Napoléon, article 725, elle ne peut avoir d'effet rétroactif, mais elle démontre en fait la moralité de l'œuvre et le haut patronage que lui accorde l'administration[2].

Le caractère de la libéralité et le droit de l'autorité municipale ne soulèvent en réalité de difficultés sérieuses qu'à l'occasion des œuvres qui ne sont ni exclusivement religieuses, ni exclusivement philanthropiques. Il existe un très-grand nombre d'associations, dont les membres mus par la charité chrétienne s'occupent du soulagement des misères temporelles, mais cherchent avant tout, dans leurs actes de bienfaisance, à se sanctifier eux-mêmes et à ramener à une vie meilleure ceux qu'ils assistent. A ce but complexe répondent diverses dépenses qui ne sauraient figurer sur le budget de l'assistance légale; aussi ne saurait-on, sans violation manifeste des intentions du testateur, substituer à ces œuvres l'autorité municipale qui a d'autres devoirs et d'autres tendances. Le défunt savait que les secours distribués par l'intermédiaire choisi par lui prendraient un caractère particulier; il a voulu contribuer au développement d'une œuvre dont il connaissait l'esprit; et peut-être était-il dans sa pensée d'en grandir l'influence morale autant que d'accorder une aumône à quelques indigents. On conçoit que la nuance que nous nous efforçons de faire saisir est souvent bien délicate. Elle n'a pas cependant échappé à la perspicacité du Conseil d'État, qui avait constamment refusé de statuer sur les legs faits aux conférences de Saint-Vincent-de-Paul, par exemple. Le ministre de l'intérieur, attribuant à l'avis du 7 décembre 1858 une portée exagérée, proposa de faire accepter par l'autorité municipale deux legs faits en faveur des conférences de Thionville et de Metz. La prudence éclairée de la section de

[1] Voir dans le même sens un projet de décret autorisant une fondation de bourse dans la maison de Sainte-Adélaïde, établissement non reconnu, et un avis du 21 juillet 1858; rapporteur, de Baulny (consistoire israélite de Bordeaux).

[2] Voir les avis déjà cités des 11 juillet 1849 (société de charité maternelle de Rouen) et 23 septembre 1856 (établissement protestant de Neuhoff).

Digitized by Google

l'intérieur refusa de le suivre dans cette voie et demeura fidèle à l'ancienne jurisprudence [1].

2° *Nature de l'objet légué.* S'agit-il d'un immeuble ou d'une rente, l'intention du testateur est d'assurer aux pauvres un avantage perpétuel dont l'intervention de leur représentant légal rendra la conservation plus certaine. C'est précisément l'espèce qui a donné lieu à l'avis du 7 décembre 1858. Supposez, au contraire, que le testateur ait laissé un tableau destiné à être placé dans la salle où le conseil de l'œuvre tient ses séances, quel avantage en retireront les classes souffrantes? en quelle qualité leur tuteur se présenterait-il? Le seul but du défunt a été de donner quelque éclat aux réunions de l'œuvre ou de perpétuer le souvenir de son nom.

3° *Termes du testament.* L'intervention de l'autorité municipale, au lieu et place de l'établissement désigné, n'est légitime qu'autant qu'elle est fondée sur l'interprétation de la volonté du défunt. Si les termes du testament n'admettent pas cette interprétation, si, par exemple, le défunt a déclaré que son legs serait caduc s'il ne pouvait s'exécuter rigoureusement, il serait impossible de passer outre. L'article 900 ne serait pas applicable ici. Il ne s'agit pas, en effet, d'une condition impossible ou illicite; il s'agit de décider, par voie d'interprétation, qui a qualité pour se porter héritier. Si le testament donne lui-même cette interprétation, aucune considération, pas même l'intérêt des pauvres, ne peut nous autoriser à nous en écarter. Substituer un héritier à l'héritier désigné, sous ce seul prétexte que celui-ci serait incapable aux termes de l'article 725, serait un acte arbitraire auquel le Conseil d'État ne se prêterait jamais, et auquel les tribunaux refuseraient toute sanction, si, par hasard, il venait à se produire.

D'autres fois, telle libéralité qui, d'après les règles ordinaires, n'aurait pas été de nature à être acceptée, sera conçue en termes si généraux que tout scrupule cessera, et que l'intervention de l'autorité municipale pourra être exceptionnellement admise. Nous ne citerons qu'un exemple : Une demoiselle Périn avait fait un legs de 300 francs aux pensionnaires des sœurs de Saint-Vincent-de-Paul, établies sur la paroisse de l'Abbaye-aux-Bois. Cet établissement n'ayant pas d'existence légale, le

[1] Avis du 3 janvier 1859; rapporteur, Paixhans.

Digitized by Google

ministre des cultes proposait de ne pas statuer sur le legs. La section émit un avis contraire en se fondant sur les termes du testament d'où il résultait : « Que ce legs, dans la pensée de la » testatrice, devait profiter moins aux sœurs qu'à leurs pen- » sionnaires ; que ces pensionnaires sont de pauvres orphelines » auxquelles les sœurs donnent à la fois l'instruction religieuse » et des secours temporels. » La section proposa, en conséquence, de faire accepter ledit legs par le directeur de l'Assistance publique, « mesure qui assurera l'exécution des intentions » pieuses et charitables de la demoiselle Périn [1]. »

II. *Droits de l'établissement non reconnu.* — Il est incontestable qu'il ne puise aucun droit dans l'autorisation accordée à l'autorité municipale ; mais cette autorisation peut-elle lui nuire? Si l'objet légué lui a déjà été délivré, le maire pourra-t-il le revendiquer, ou, regardant cette délivrance comme non avenue, aura-t-il recours contre l'héritier? S'il s'agit d'immeubles ou de capitaux, les administrateurs de l'établissement seraient sans titre pour les détenir. Quant aux héritiers, ils seront protégés par leur bonne foi et, au besoin, par l'article 1240 du Code Napoléon. S'il s'agit d'une somme destinée à être employée immédiatement, et que la bonne foi des administrateurs et leur probité ne soient pas suspectées, il n'y aura pas lieu de les chicaner sur l'emploi qu'ils en ont fait. Le legs a tourné, comme le voulait le testateur, au profit des pauvres. Il n'y a eu, en définitive, qu'une irrégularité qui constitue un cas de gestion d'affaire, ou, pour parler le langage administratif, de comptabilité occulte. Ce ne serait que dans des cas tout à fait exceptionnels que la responsabilité personnelle des administrateurs ou des héritiers pourrait être sérieusement engagée.

L'incapacité légale, dont l'article 725 frappe les établissements non reconnus est si absolue que leur reconnaissance postérieure ne saurait les en relever rétroactivement. C'est là une règle élémentaire que nous n'aurions pas cru devoir rappeler si l'administration n'avait pas cherché quelquefois à en faire fléchir la rigueur. Dans un rapport envoyé au Conseil d'État, le ministre de l'intérieur proposait de faire accepter directement, par le légataire désigné, un legs fait à un établissement reconnu depuis l'ouverture de la succession. Il se fondait sur ce que

[1] Avis de la section de l'intérieur, 18 mai 1858 ; rapporteur, de Salverte.

Digitized by Google

l'œuvre existait de fait à cette époque, et sur ce que, de notoriété publique, l'intention de ses administrateurs était, dès le début, d'en régulariser la situation. « Cette doctrine est au » surplus conforme à l'esprit de l'article 906 du Code Napoléon, » puisqu'en 1840 Neuhoff avait déjà un commencement d'exis- » tence, et qu'on peut dire qu'il était déjà conçu. » Cette singulière interprétation fut écartée par deux avis déjà cités [1].

Si les établissements non reconnus sont absolument sans qualité pour se porter comme héritiers, ont-ils au moins le droit d'exiger que l'administration se serve de leur intermédiaire? Le mode de distribution prescrit par le testateur constitue-t-il une condition essentielle dont la non-exécution entraîne la caducité du legs? Cette question s'est souvent présentée devant le Conseil d'État, à propos de la rédaction du décret d'autorisation. Ce décret doit-il, par une clause spéciale, donner à cette obligation une sanction en ordonnant que les fonds soient remis à l'œuvre désignée pour être exclusivement distribués par son intermédiaire? En admettant l'affirmative, les héritiers pourront, si l'on s'écarte de la lettre du testament, demander la révocation du legs en vertu des articles 954 et 1049 du Code Napoléon. Ce système est très-spécieux. La révocation, pour inexécution des conditions, peut avoir lieu toutes les fois que les conditions ne sont ni impossibles ni illicites, aux termes de l'article 900. Or, l'intervention de l'œuvre présente si peu ces caractères, qu'en fait l'administration s'empresse presque toujours de l'accepter. L'opinion contraire paraît consacrer une sorte de spoliation au profit de l'assistance officielle. Elle viole le vœu du défunt; elle irrite les établissements charitables; elle jette la défiance dans l'esprit des héritiers; elle peut refroidir le zèle des particuliers et tarir la source de nombreux bienfaits qui seraient venus accroître le patrimoine des pauvres. Ces considérations sont puissantes, mais non sans réplique. Du moment qu'il est constant en fait que les pauvres sont les seuls légataires, et qu'ils bénéficieront seuls de la libéralité, il ne saurait être question de confiscation. Qu'on ne dise pas non plus que l'œuvre existant, rien ne s'oppose à ce que les fonds lui soient remis; une existence de pure tolérance,

[1] Avis du Conseil d'État, 11 juillet 1849 : rapporteur, Pérignon; et de la section de l'intérieur, 23 septembre 1856 : rapporteur, de Bosredon.

Digitized by Google

dont le sort ne dépend que du bon plaisir de la police, est de nulle valeur aux yeux des tribunaux. Ne serait-il pas contraire à l'esprit comme au texte de la loi, qu'un établissement reconnu devînt le prête-nom d'un établissement non reconnu qui profiterait, grâce à ce subterfuge, des avantages accordés par l'État à ceux qui se sont liés à lui par les concessions mutuelles d'un véritable contrat synallagmatique? Aussi les décrets d'autorisation doivent-ils être conçus en termes tels qu'il soit constant que la classe d'indigents qu'a en vue le testateur profitera exclusivement de sa libéralité; mais en même temps l'établissement non reconnu ne doit pas être nommé quand cela est possible, ou si la clarté exige qu'il soit désigné, la rédaction ne doit créer aucun lien de droit entre lui et l'administration.

Nous ne voulons pas dire qu'il ne soit pas du devoir de l'autorité municipale de s'attacher à exécuter ensuite aussi exactement que possible les volontés du testateur; l'établissement désigné ne sera pas spolié, et l'administration supérieure veillera à ce que les fonds lui soient fidèlement remis; ce sera une obligation morale d'autant plus sacrée qu'elle n'aura pas de sanction légale. Mais l'établissement peut tomber; l'administration peut avoir de graves et légitimes motifs pour lui retirer tout concours, peut-être même pour en exiger la dissolution; dans ces diverses circonstances, on sentira l'avantage qu'il y a à ne pas lier imprudemment la validité d'un legs à l'existence précaire d'une institution particulière; l'administration trouvera dans les termes du décret qui aura autorisé l'acceptation du legs, la faculté d'en appliquer le montant au soulagement des mêmes misères, mais par un autre intermédiaire.

Différentes formules plus ou moins heureuses ont été essayées dans les décrets d'autorisation; nous ne rappellerons que la rédaction de l'avis du 7 décembre 1858, parce qu'elle dit tout ce qu'il faut dire, et rien de plus : « Il y a lieu d'autoriser le » directeur de l'Assistance publique à accepter le legs fait par » la dame Leclerc en faveur des mères pauvres du 1er arrondis- » sement de Paris, pour être employé conformément aux in- » tentions de la testatrice [1]. »

[1] Cette rédaction reproduit en termes presque identiques celle qui avait été antérieurement adoptée pour faire accepter, « au nom des pauvres mères » surchargées d'enfants, » le legs fait à la Société maternelle de Rouen.

Digitized by Google

Quels que soient les termes employés, les tribunaux n'auraient le droit d'intervenir, sur la plainte des héritiers ou des exécuteurs testamentaires, que dans le cas où l'autorité municipale détournerait de son objet les fonds destinés au soulagement d'une misère particulière. Même alors, la révocation du legs ne serait admise qu'avec une extrême réserve; elle a, en effet, un caractère pénal. Et quelle faute ont commise les pauvres lorsque le tuteur qu'ils ne se sont pas choisi, mais que la loi leur impose, a prévariqué à leur détriment? Le legs ne serait en réalité caduc que dans le cas où la classe souffrante à qui il est destiné viendrait à disparaître, ce qui pourrait se présenter s'il s'agissait des victimes d'un événement accidentel ou d'un fléau qui ne se serait pas reproduit.

Nous avons parcouru jusqu'ici les questions de droit que soulève notre matière. Mais l'administrateur n'a pas, comme le juge, un seul devoir, *jus dicere;* il examine aussi ce qui est utile et opportun : de là des décisions qui semblent se contredire et qui jettent souvent de l'obscurité dans sa jurisprudence. On l'accuse de ne pas connaître les limites de son droit, moins souvent parce qu'il les a franchies que parce qu'il s'est arrêté avant de les atteindre. L'avis du 7 décembre 1858, provoqué par des malentendus de cette nature, en prend occasion pour tracer des règles de bonne administration qui doivent nous arrêter un instant.

La première, qui est commune à toutes les matières administratives, est qu'il ne faut chercher dans chaque décision qu'une solution d'espèce; les motifs qui déterminent le Conseil d'État étant tirés tantôt des règles du droit, tantôt des particularités de l'affaire, ne sauraient se traduire en axiomes invariables : de là, dans sa jurisprudence, une flexibilité qui n'est pas de l'inconséquence.

Que doit-on faire quand les héritiers refusent leur consentement à la délivrance du legs? Les règlements exigent qu'ils soient mis en demeure, mais ce n'est qu'une voie d'instruction. Lorsqu'il s'agit d'établissements non reconnus, on a paru jusqu'ici attacher à ce consentement une importance que nous croyons exagérée; on en a fait une condition nécessaire; et d'autre part, lorsqu'il existait, on croyait superflu d'examiner plus longtemps la légalité d'une interprétation admise par les intéressés eux-mêmes. Incertaine sur la valeur du mode qu'elle

Digitized by Google

employait, l'administration voyait dans l'acquiescement des héritiers une garantie qui faisait taire ses scrupules. Cette préoccupation se reconnaît visiblement dans la dépêche du ministre de l'intérieur du 26 janvier 1858. L'avis du 7 décembre 1858 corrige ce qu'il y avait là de trop absolu. Le droit de l'autorité municipale vient de la loi et non du consentement des héritiers; c'est même en présence de leur cupidité ou de leur mauvais vouloir qu'il est utile de l'armer du droit de veiller aux intérêts des pauvres. Une grande réserve n'en doit pas moins lui être recommandée; son intervention peut froisser bien des susceptibilités; d'ailleurs elle soulève des questions de droit si délicates qu'il est du devoir de l'administration supérieure de ne pas prêter la main à des prétentions téméraires. Lorsque le consentement des héritiers existe, tous les dangers disparaissent. Quant à nous, nous irons volontiers plus loin que la jurisprudence; nous voudrions que les héritiers fussent appelés non-seulement à donner un consentement général, mais à se prononcer sur l'intervention de l'autorité municipale. Ce serait le moyen d'éviter de leur part tout reproche d'avoir voulu surprendre leur bonne foi.

Lorsqu'il y a de leur part des réserves formelles contre l'intervention municipale, et qu'en même temps il y a certitude morale qu'ils exécuteront le legs, le Conseil d'État agira sagement en n'usant pas du droit dans toute sa rigueur et en s'abstenant par esprit de conciliation. C'est dans ces circonstances qu'il a rendu, relativement à un legs fait à divers établissements de la ville d'Elbeuf, une décision qu'on lui a reprochée à tort, comme contraire à sa jurisprudence habituelle. C'est une simple appréciation de fait qui n'entame en rien la solution théorique [1].

L'avis du 7 décembre 1858 insiste d'autre part, sur ce point, que malgré le consentement des héritiers il peut ne pas y avoir lieu d'autoriser l'acceptation du legs. Quelle que soit la rédaction du décret, l'acceptation aura presque toujours pour effet de faire figurer au budget communal une subvention égale au montant du legs; de là des rapports entre l'établissement et l'administration, rapports qu'il peut être convenable d'éviter entièrement.

[1] Avis du Conseil d'État, 26 décembre 1849. Legs Lebailly; rapporteur, de Bussierre.

Digitized by Google

La nature et l'importance du legs doivent aussi être prises en très-sérieuse considération. Lorsqu'il s'agit d'une somme modique et une fois payée, quelle sera l'utilité du décret, sinon de multiplier les frais? Avant que l'instruction ne soit terminée, le montant du legs aura presque toujours été dépensé, et l'autorisation tardive qui interviendra ne pourra produire que des chicanes. Lorsqu'il s'agit, au contraire, d'assurer aux pauvres la jouissance d'un immeuble ou d'une rente, l'intérêt est réel. La bonne volonté actuelle des héritiers n'assure aucunement l'avenir du legs, puisque eux ou leurs représentants pourront, à une époque quelconque, revendiquer l'immeuble ou se refuser au payement de la rente. Cette distinction, d'après l'avis du 7 décembre 1858, suffit pour expliquer l'opposition qui existe entre la solution proposée par cet avis et celle qui avait été adoptée trois ans auparavant, relativement au legs d'une somme de 100 francs aux crèches du 11e arrondissement [1].

Nous croyons avoir suffisamment démontré que, malgré quelques diversités d'espèces, la jurisprudence s'est toujours montrée fidèle aux principes généraux éprouvés par l'expérience, et que l'avis du 7 décembre 1858 n'a fait que consacrer.

APPENDICE.

Des legs faits aux établissements religieux non reconnus.

Nous croyons utile, en terminant, d'appliquer les principes que nous avons indiqués à une matière soumise à des règles presque identiques. Les legs faits à des établissements religieux peuvent-ils être acceptés par la fabrique qui représente la paroisse comme le maire représente la commune?

Cette question a été laissée de côté par l'avis du 7 décembre 1858, parce que le ministre compétent n'en avait pas saisi le Conseil d'État. Elle se présente surtout à l'occasion des confréries. Ces associations, reconnues par notre ancien droit comme personnes légales, ont été supprimées par la loi du 18 août 1792. La haine qui s'appesantissait sur les œuvres même civiles de bienfaisance, était plus inexorable encore à l'égard de celles qui avaient un caractère religieux. « Un état vraiment libre ne » doit souffrir dans son sein aucune corporation, pas même

[1] Avis de la section de l'intérieur, 30 octobre 1855. Legs Pélicier; rapporteur, Hudaut.

Digitized by Google

» celles qui, vouées à l'enseignement public, ont bien mérité » de la patrie. » Tel fut le préambule mis par l'évêque constitutionnel Torné en tête de cette loi qui, entre autres dispositions, supprimait : « les familiarités, confréries, pénitents de » toutes couleurs, pèlerins et toutes autres associations de piété » ou de charité. » Cette interprétation de la liberté politique fut accueillie par les plus vifs applaudissements[1]. Sous cette législation, non-seulement les confréries n'étaient pas reconnues, mais elles étaient prohibées. Quand la persécution vint à cesser, elles se rétablirent dans un grand nombre de paroisses; mais le gouvernement ne crut pas devoir leur rendre l'existence légale. « D'après les décrets du 28 messidor an XIII et 30 dé» cembre 1809, qui attribuent aux fabriques les biens des con» fréries, il est incontestable que les confréries sont supprimées » et qu'elles n'existent que par tolérance. Le gouvernement ne » peut donc prendre à leur égard une décision qui tendrait à » laisser supposer qu'elles sont au nombre des établissements » ecclésiastiques reconnus par la loi[2]. »

Cette situation donne lieu à une jurisprudence analogue à celle que nous avons étudiée. Avouons cependant que les précédents sont à la fois moins nombreux et plus difficiles à concilier.

Un grand nombre de confréries ont pour but simplement d'aider la fabrique, sous la direction spirituelle du curé, à donner une pompe plus grande aux cérémonies du culte catholique; les legs qui leur sont faits peuvent alors être considérés comme faits à la paroisse, qui acceptera par l'entremise de son représentant légal, sauf à celui-ci à se conformer, quant au mode d'emploi, aux intentions du testateur.

Il est un cas surtout où cette intervention de la fabrique est commandée par les considérations de l'ordre le plus élevé. Il est de foi pour les catholiques que les prières des vivants, que la célébration surtout de la messe sont utiles aux âmes du purgatoire. Aussi, lorsque un testateur demande des messes, c'est dans l'espoir que son âme profitera dans l'autre vie de cet acte de prévoyante piété; quant au minime profit matériel que l'établissement légataire tirera de cette fondation, il y pense bien peu ou plutôt il n'y pense nullement. Priver le testateur des

[1] Voir *le Moniteur*, séance du 6 avril 1792.

[2] Voir les décisions ministérielles des 21 avril 1821 et 16 avril 1831.

Digitized by Google

prières qu'il a demandées parce qu'il a mal compris le caractère légal des confréries, ce serait violer une volonté sacrée par un mesquin attachement à la lettre de la loi dont on méconnaîtrait entièrement l'esprit ; le Conseil d'État a évité cet écueil, et lorsqu'il a été constant que, dans un legs fait à une confrérie, l'intention principale du défunt était d'assurer l'exécution de services religieux, il a appelé la fabrique à accepter la fondation. Un sieur Pambrun avait légué une somme de 400 francs à la confrérie du Saint-Sacrement établie à Bagnères, à la charge de faire célébrer annuellement quatre messes pour le repos de son âme. Un projet d'ordonnance portant acceptation par la fabrique de la fondation de quatre messes fut l'objet d'un avis interlocutoire où le comité de l'intérieur disait : « que cette disposition présentait l'inconvénient » de ne pas fixer le chiffre de la valeur acceptée, et qu'il serait » à craindre que le conseil de fabrique ne prétendît profiter de » l'intégralité du legs de 400 francs[1]. » L'affaire revint au Conseil d'État avec une déclaration de l'exécuteur testamentaire ; « qui, ayant parfaite connaissance de la volonté du tes- » tateur, s'empresse d'affirmer que son intention était de faire » une chose profitable à l'Église et que, si la confrérie du Saint- » Sacrement a été nommée, ce n'a été que parce que le testa- » teur lui-même avait fait partie de cette confrérie et pour té- » moigner simplement par là le désir qu'il avait que cette » somme fut plus particulièrement employée avec la participa- » tion de la confrérie. » Cette déclaration fit taire tous les scrupules et le comité, allant au delà de la rédaction qui lui avait d'abord paru trop favorable à la fabrique, autorisa cet établissement à accepter, dans son intégralité, le legs de 400 francs. « Il y a lieu de remarquer que leur existence (des confréries) » se confond avec celle des fabriques ; qu'en effet, les confré- » ries ne sont que des réunions volontaires de personnes pieuses » qui, de l'agrément des fabriques, et même ordinairement » encouragées par elles, s'occupent des différents soins du » culte. Par ces motifs, les legs faits en faveur des confréries » doivent être acceptés par les fabriques, parce que ces der- » nières seules sont vraiment légataires, quoique sous une » fausse dénomination[2]. »

[1] Avis du comité de l'intérieur, 20 décembre 1833 ; rapporteur, Lucas.
[2] Avis du comité de l'intérieur, 10 juillet 1835 ; rapporteur, Lucas.

Digitized by Google

Ce remarquable avis de principe semblait trancher la question. Nous voyons cependant quelque temps après le Conseil d'État refuser, contrairement à la proposition du ministre des cultes, d'autoriser l'acceptation par la fabrique de Courgeon d'un legs fait à la confrérie du Purgatoire[1]. Il est vrai qu'il n'y avait pas de fondation de services religieux et que les héritiers demandaient la réduction du legs ; cette solution peut être considérée comme fondée principalement en fait.

La décision suivante est plus difficile à expliquer. La demoiselle Raviot avait légué une somme de 2000 francs à une confrérie pour la construction d'un autel que cette confrérie s'était engagée à faire élever dans l'Église de Saint-Bénigne à Dijon ; les héritiers avaient déjà remis les fonds entre les mains du curé ; l'espèce se présentait donc dans les conditions les plus favorables : l'autorisation fut cependant refusée sur ce seul motif que le légataire était incapable de recevoir[2].

L'avis du 7 décembre 1858 tranchait une question trop intimement liée à celle qui nous occupe actuellement pour ne pas exercer sur elle une influence décisive ; aussi la section de l'intérieur fit-elle une judicieuse application des principes qu'elle venait de proclamer, lorsqu'elle revint, et dans des termes presque identiques, à la doctrine de l'avis de 1835 en autorisant la fabrique de Saint-Pierre à Avignon à accepter le legs fait sous condition de services religieux à la confrérie de la sainte Vierge établie dans cette paroisse[3].

Signalons cependant une différence qui subsiste entre les confréries et les établissements de bienfaisance. Pour ces derniers, il y a présomption en faveur de l'autorité municipale et c'est aux intéressés à faire la preuve contraire ; quant aux confréries, la situation n'est pas la même, et le droit de la fabrique doit résulter soit du caractère particulier de la confrérie, soit des conditions imposées par le testateur ; il est facile, en parcourant les archives du Conseil d'État, de se convaincre que l'acceptation par la fabrique n'a jamais été autorisée qu'à titre exceptionnel et en considération des circonstances particulières à chaque affaire.

C. DE BAULNY.

[1] Avis du Conseil d'État, 10 avril 1840 ; rapporteur, Dubois.

[2] Avis du comité de législation, 8 décembre 1846 ; rapporteur, de Montesquiou.

[3] Avis de la section de l'intérieur, 11 mars 1859, rapporteur, Paixhans.

Digitized by Google

ACTION PAULIENNE.

Le créancier peut-il obtenir la révocation d'une donation par contrat de mariage faite en fraude de ses droits, sans être tenu de prouver la connivence frauduleuse des époux donataires?

Par M. J. Krug-Basse, docteur en droit, substitut du procureur impérial à Saverne.

Parmi les questions que l'action paulienne ou révocatoire a soulevées dans son application, se présente celle de savoir à quelles conditions le créancier peut obtenir contre les époux la révocation d'une donation faite par contrat de mariage; en d'autres termes, le créancier est-il obligé de prouver que les époux donataires ont colludé à la fraude du débiteur qui a constitué la dot, ou peut-il obtenir la révocation de la donation, lors même que les époux sont de bonne foi?

La position du créancier vis-à-vis des personnes qui ont contracté avec le débiteur, est, comme on sait, plus ou moins favorable, suivant que l'acte attaqué comme frauduleux est à titre gratuit ou à titre onéreux. La doctrine et la jurisprudence ont en effet suivi, dans cette matière, les principes si équitables et si rationnels du droit romain. Si l'acte est à titre gratuit, il suffit que le créancier prouve la fraude de son débiteur; dans ce cas, il n'a pas besoin d'établir que le donataire s'est rendu complice de la fraude; la donation est révoquée alors même que le donataire est de bonne foi, car l'équité exigeait qu'on vînt plutôt au secours du créancier qui est sur le point de perdre le sien, que du donataire qui ne court d'autre risque que celui de ne point s'enrichir.

Au contraire, si l'acte attaqué comme frauduleux est à titre onéreux, la position du créancier est moins facile; non-seulement il doit alors prouver la mauvaise foi de son débiteur, mais encore la complicité de l'acquéreur qui a traité avec ce dernier. Dans ce cas, il fallait choisir entre les intérêts également respectables du débiteur trompé et de l'acquéreur de bonne foi; or, d'après les règles du droit, on devait donner la préférence à l'acquéreur, c'est-à-dire à celui qui se trouve en possession. Ainsi le créancier ne peut obtenir la révocation d'un acte à titre onéreux qu'en prouvant la collusion frauduleuse de l'acquéreur.

Digitized by Google

On le voit, la question que nous avons posée sera donc résolue différemment, suivant qu'on attribuera à la donation par contrat de mariage le caractère d'acte à titre gratuit ou d'acte à titre onéreux.

Si l'on consulte le droit romain, on trouve une solution de la question qui nous occupe à la loi 25, §§ 1 et 2, au Digeste, titre : *Quæ in fraudem creditoris* (42, 8). Voici comment cette loi s'exprime : « Si a socero fraudatore *sciens* gener accepit » dotem, tenebitur hac actione (pauliana).....; *Quod si is* » (gener) *ignoraverit*, filia autem scierit, tenebitur filia..... Si » vero *uterque scierit*, uterque tenebitur, at si *neuter scierit*, » quidam existimant, nihilominus in filiam dandam actionem : » In maritum autem, qui ignoraverit, non dandam actionem : » non magis quam in creditorem, qui a fraudatore, quod ei » deberetur, acceperit; cum is indotatam uxorem ducturus non » fuerit. »

Ainsi le jurisconsulte Venuleius, chez lequel ce fragment a été puisé, admet une distinction. Quant au mari, la dot doit être considérée comme un acte à titre onéreux, et le créancier ne peut en obtenir la révocation qu'autant qu'il prouve que le mari s'est rendu complice de la fraude. Mais il en est autrement quant à la femme; celle-ci reçoit la dot à titre de pure libéralité; aussi le créancier n'a pas besoin de prouver qu'elle a colludé à la fraude.

En France, on suivait, avant la révolution, la solution du jurisconsulte romain : « La révocation, dit Furgole, a lieu non- » seulement pour les donations simples, mais encore pour » les constitutions de dot..... Mais si le mari a reçu la dot, on » distingue s'il a connu la fraude ou non; au second cas, les » créanciers ne peuvent pas agir contre lui, parce qu'il est » considéré comme créancier ou acheteur; mais au premier » cas, la révocation a lieu. Que s'il s'agit de l'intérêt de la » femme, à laquelle la dot a été constituée, on n'examine pas » si elle a eu connaissance de la fraude, parce qu'à son égard » c'est une libéralité et un titre lucratif[1]. » Maintenant que faut-il décider sous l'empire du Code Napoléon?

L'article 1167 est, comme on sait, le seul qui parle de l'action paulienne; il pose en principe que les créanciers peuvent

[1] *Test.*, ch. 11, sect. 1, n° 20.

Digitized by Google

attaquer les actes faits par leur débiteur en fraude de leurs droits, mais sans entrer dans aucun détail sur les règles qui régissent l'application de cette faculté. C'était donc à la doctrine et à la jurisprudence à déduire ces règles de l'esprit de la législation actuelle.

Les auteurs qui ont traité la question qui nous occupe ont, en général, admis les traditions du droit romain. Ils appliquent à notre droit la distinction que faisait le jurisconsulte romain entre le mari et la femme. Le créancier doit, suivant eux, prouver le concert frauduleux du mari, pour pouvoir obtenir contre lui la révocation de la donation faite par contrat de mariage, tandis que cette preuve est inutile et superflue vis-à-vis de la femme [1].

La Cour de cassation a, au contraire, rejeté cette distinction et décidé, par plusieurs arrêts, que le créancier ne peut triompher dans son action, aussi bien contre la femme que contre le mari, qu'en prouvant qu'ils avaient pris part à la fraude du donateur [2].

Nous avons peine à admettre l'un ou l'autre de ces systèmes. Il nous semble, au contraire, que la donation par contrat de mariage constitue vis-à-vis des deux époux une véritable libéralité, et qu'il faut par conséquent décider que la révocation doit en être prononcée, quoique les époux aient ignoré la fraude du donateur.

Et d'abord, nous cherchons en vain le motif sur lequel les auteurs se sont appuyés pour faire revivre aujourd'hui la distinction que le droit romain faisait entre le mari et la femme. Si le jurisconsulte romain professe cette distinction, quoiqu'avec un peu d'hésitation (*quidam existimant*, dit-il), c'est qu'elle trouve peut-être sa justification dans le rôle tout à fait passif que jouait la femme dans le mariage. Le mari seul avait, en effet, la puissance paternelle et la gestion de tous les intérêts; la dot devenait sa propriété. Dès lors il devait aussi, seul, supporter toutes les charges du mariage, et on concluait que lui

[1] Duranton, t. X, n° 579. — Zachariæ, t. II, § 313, note 15, édit. de MM. Aubry et Rau. — Troplong, *Contr. de mariage*, t. I, § 131. — Dalloz, 47, 1, 129, et 47, 1, 241.

[2] Arr. du 25 février 1845; Dall., 46, 1, 174. — Arr. du 2 mars 1847; Dall., 47, 1, 129. — Arr. du 23 juin 1847; Dall., 47, 1, 241. — Arr. du 14 mars 1848; Dall., 48, 1, 66. — Arr. du 24 mai 1848; Dall., 48, 1, 172.

Digitized by Google

seul recevait la dot à titre onéreux, *ad sustinenda matrimonii onera.*

Il en est bien autrement en droit français. En effet, la femme doit concourir comme le mari aux charges qui naissent de leur union; la loi lui impose, conjointement au mari, l'obligation de supporter la charge la plus lourde du mariage, c'est-à-dire l'entretien des enfants; car, aux termes de l'article 203 du Code Napoléon, *les époux* contractent *ensemble*, par le fait seul du mariage, l'obligation de nourrir, entretenir et élever leurs enfants. D'un autre côté, elle contribue aussi à la dotation des enfants communs, ainsi qu'à l'entretien du ménage[1]. Si donc il était vrai que les charges que le mariage fait peser sur le mari pussent, à son égard, changer le caractère de la donation par contrat de mariage et en faire un acte à titre onéreux, on ne verrait pas pourquoi la loi serait plus rigoureuse pour la femme, qui a les mêmes charges à supporter.

Aussi la jurisprudence de la Cour de cassation a-t-elle rejeté la doctrine des auteurs et ne fait-elle aucune différence entre le mari et la femme. En cela elle est plus logique que les auteurs[2]. Mais nous ne saurions non plus adopter le système de la Cour de cassation; nous pensons, au contraire, que la donation par contrat de mariage est, pour le mari comme pour la femme, une simple libéralité.

Examinons en effet les raisons sur lesquelles s'appuie la Cour suprême pour décider le contraire. Elles se trouvent déduites dans les motifs de l'arrêt du 2 mars 1847.

« Attendu, dit cet arrêt, que la disposition de l'article 1167 » du Code, qui permet aux créanciers d'attaquer les actes faits » en fraude de leurs droits, ne doit pas recevoir une extension » illimitée;

» Que d'abord, hors des cas spécialement prévus par les ar- » ticles 446 et 447 de la loi du 28 mai 1838, la condition » essentielle des actes est qu'outre le préjudice éprouvé par les » créanciers, il y ait eu un concert frauduleux;

» Que d'une autre part, pour déterminer les effets de la fraude » dans les conventions, la loi a toujours distingué soit à l'égard » des parties contractantes, soit à l'égard des diverses espèces » de contrats;

[1] Arg. des articles 1438, 1439, 1448, 1537, 1575 du Code Napoléon.
[2] V. les arrêts cités plus haut.

Digitized by Google

» Qu'elle ne frappe de nullité les actes frauduleux qu'à l'égard » des parties qui ont pratiqué la fraude ou qui y ont participé, » si ce n'est lorsqu'il s'agit d'actes passés à titre purement » gratuit.

» Attendu qu'aux termes de l'article 1540 du Code civil la » dot a pour destination essentielle de mettre le mari en état » de supporter les charges du mariage;

» Que, d'après l'article 1547, ceux qui constituent la dot sont » tenus à la garantie des objets constitués, ce qui est un des » éléments du contrat onéreux et répugne aux dispositions pu- » rement gratuites;

» Que, suivant l'article 1395, les conventions matrimoniales » sont irrévocables;

» Que de ces dispositions combinées il résulte évidemment » que la constitution de dot par contrat de mariage n'est pas » une disposition faite à titre purement gratuit, puisqu'elle pro- » duit des obligations dont il n'est pas permis aux parties con- » tractantes de s'affranchir, la Cour, etc.[1]. »

La Cour de cassation n'a donc pas cherché à prouver, comme on l'a fait quelquefois, que la dot est, d'une manière absolue, un acte à titre onéreux quand elle émane des parents. Elle a soutenu, au contraire, que c'est un acte *sui generis;* à titre gratuit, quand on l'envisage au point de vue du donateur; à titre onéreux, si on la considère au point de vue des époux.

Il est en effet évident qu'en dotant leurs enfants les parents font une pure libéralité, puisque l'article 204 du Code Napoléon a consacré la maxime du droit coutumier : *Ne dote qui ne veut.*

On soutiendrait d'ailleurs en vain, dans le cas qui nous occupe, que l'obligation de doter est tout au moins un devoir de conscience pour les parents, et qu'ainsi la dot est moins une libéralité que l'accomplissement d'une obligation naturelle. En effet, personne n'oserait soutenir qu'un débiteur qui se sait ruiné, et qui n'a pu doter son enfant qu'en frustrant ses créanciers, n'a fait que remplir un devoir imposé par le droit naturel.

[1] Dans l'espèce, les créanciers demandaient la révocation d'une dot constituée sous le régime dotal; mais les mêmes raisons peuvent être invoquées pour ou contre la révocation de la donation par contrat de mariage faite au profit de l'un des époux, sous tout autre régime conjugal. Nous ne distinguerons donc pas entre les donations faites par contrat de mariage sous les divers régimes.

Digitized by Google

Aussi, nous le répétons, la jurisprudence n'a vu dans la donation par contrat de mariage un acte à titre onéreux qu'au regard des époux. Le motif de cette décision, c'est que la dot est constituée aux époux avec la destination de les mettre en état de supporter les charges du mariage.

Mais cela suffit-il pour faire de la donation par contrat de mariage un acte à titre onéreux? Nous ne le pensons pas. En effet, un acte est à titre onéreux lorsqu'il fait naître, à la charge du stipulant, des obligations qui sont la conséquence immédiate et directe de cet acte, en d'autres termes, lorsqu'il lui impose des obligations en retour et comme équivalent des avantages qu'il retire de l'acte. Mais ici les charges du mariage découlent-elles directement et immédiatement de la dot? Pèsent-elles sur les époux parce qu'ils ont reçu une dot, comme l'obligation de payer le prix pèse sur l'acheteur parce qu'il est devenu propriétaire de la chose achetée? Évidemment non; les charges du mariage naissent du fait même du mariage, indépendamment de toute donation par contrat de mariage; si bien qu'elles grèvent les époux, alors même que la dot n'a pas été payée ou qu'il n'y a pas eu de dot constituée.

La déduction de la Cour de cassation ne nous semble donc pas rigoureusement exacte; aussi cherche-t-on souvent un appui dans cette considération que les époux n'auraient pas contracté mariage s'ils n'avaient compté sur la dot. C'est l'argument qu'invoque le jurisconsulte romain quand il dit : « Indotatam uxorem (maritus) ducturus non fuerit. » On voit que le terrible « sans dot ! » était connu avant Molière !

Ce serait sans doute faire trop d'honneur au désintéressement de notre siècle que de soutenir que de nos jours les mariages ne se font plus jamais en vue de la dot. Quoi qu'il en soit, la présomption sur laquelle s'appuie Venuléius ne peut être admise comme présomption de droit; ce serait faire du mariage un véritable marché. Cette considération ne peut donc avoir aucune influence dans la question.

Examinons maintenant les dispositions de la loi dans lesquelles la jurisprudence a cru trouver la justification de sa théorie. Ces dispositions s'expliquent parfaitement, à notre avis, sans qu'il en résulte que la dot soit un acte onéreux pour les époux.

La Cour a d'abord invoqué l'article 1547 du Code Napoléon

Digitized by Google

aux termes duquel le donateur doit garantie pour la dot; or la garantie, dit l'arrêt du 2 mars 1847, est un des éléments du contrat onéreux, et répugne aux dispositions à titre gratuit.

Cela ne nous semble pas exact; sans doute, la garantie n'est pas due, en thèse générale pour les libéralités, mais elle répugne si peu aux actes de ce genre que rien n'empêche les parties de stipuler que le donateur devra garantie au donataire[1]. Il faut en effet distinguer dans toute espèce de contrat, les conditions qui sont de l'essence de l'acte, celles qui sont de sa nature, enfin celles qui ne s'y trouvent stipulées que par accident[2]. La garantie est de la nature des actes onéreux; elle ne se trouve qu'accidentellement dans les actes à titre gratuit; mais de même que le vendeur pourra convenir qu'il ne garantira pas la chose vendue, sans que cette circonstance vienne changer la nature juridique de l'acte, de même aussi le donateur pourra promettre la garantie, sans que la donation ne prenne le caractère d'un contrat onéreux. Tout le monde est d'accord là-dessus.

En matière de dot le législateur a lui-même exigé la garantie du donateur; la raison en est facile à trouver. Quand il s'agit de marier un enfant, que de parents sont tout disposés à promettre une dot qu'ils ne pourront jamais payer! La maxime de Loisel « en mariage, il trompe qui peut[3] » n'a rien perdu de sa vérité. C'est évidemment pour combattre cet abus, que les articles 1440 et 1547 ont exigé la garantie.

L'arrêt du 2 mars 1847 ajoute que la révocation de la dot porterait atteinte à l'irrévocabilité du contrat de mariage.

Le contrat de mariage est irrévocable, cela est vrai; mais il n'en résulte pas que les choses données seront, dans tous les cas, irrévocablement acquises aux époux. Les biens donnés ne peuvent en effet leur être transmis que dans l'état où ils se trouvent lors de la donation. Supposons qu'un immeuble donné appartienne à un tiers, ou qu'il soit hypothéqué, ou encore, qu'il soit frappé d'un droit de réméré; l'irrévocabilité du contrat de mariage fera-t-elle obstacle à la revendication, ou à l'action hypothécaire ou enfin à l'action en résolution du vendeur à réméré? De même aussi, la donation par contrat de mariage ne peut éteindre le droit du créancier sur les biens du

[1] Toullier, t. XIV, § 90.
[2] Pothier, *Traité des obligations*, part. I, chap. 1, art. 1, § 3.
[3] *Institutes cout.*, t. II, liv. I, n° 105.

Digitized by Google

débiteur qui lui servent de gage; car, remarquons-le bien, l'action paulienne, est sinon une action réelle, du moins une de ces actions que la doctrine appelle *in rem scripta*, en d'autres termes, elle suit le gage du créancier entre les mains des tiers. On ne peut donc pas dire que l'irrévocabilité du contrat de mariage sera atteinte par la révocation de la dot.

Mais nous admettons, pour un moment, que la donation par contrat de mariage soit un acte onéreux pour les époux; la conséquence de ce principe sera nécessairement que ces donations ne seront pas sujettes au rapport; puis, qu'elles ne seront pas réductibles quand le donateur aura outre-passé la quotité disponible; enfin, qu'elles ne pourront être révoquées par cause de survenance d'enfant. En effet, si les époux peuvent répondre victorieusement au créancier trompé, que la dot leur a été constituée à titre onéreux, pourquoi ce langage n'aurait-il aucun succès, quand ils l'opposeront à leurs cohéritiers ou au donateur lui-même?

On peut même ajouter que dans ces derniers cas, les objections des époux seraient plus conformes à l'équité, que lorsqu'elles s'adressent au créancier. En effet, la donation faite en fraude des droits du créancier est entachée, dès son origine, d'un vice radical, et, si l'époux a ignoré l'insolvabilité du donateur, c'est en définitif sa propre faute. Au contraire la donation dont on demande le rapport ou la réduction, comme celle dont on exige la révocation pour survenance d'enfant, ont eu l'une comme l'autre une source légitime et elles ne sont devenues attaquables que par suite d'événements postérieurs difficiles à prévoir par les époux.

Il semblerait donc que les auteurs qui ont vu dans la dot, au moins vis à vis du mari, un acte à titre onéreux, auraient dû *a fortiori* décider que ni le rapport, ni la réduction, ni la révocation de la donation par contrat de mariage ne peuvent atteindre l'époux.

Chose étonnante! Aucun d'eux n'a songé à soutenir ce système; tous au contraire sont d'accord pour décider que la donation par contrat de mariage est sujette au rapport, à la réduction et à la révocation pour cause de survenance d'enfant, sans réserver aucun droit au mari. Cette décision est en effet la seule soutenable, mais comment se concilie-t-elle avec le caractère d'acte onéreux qu'ils donnent à la dot? Ces auteurs con-

Digitized by Google

damnent donc eux-mêmes le principe qu'ils posent en matière d'action paulienne[1].

En résumé, nous pensons qu'on est fondé à soutenir que la donation par contrat de mariage est un acte à titre gratuit aussi bien par rapport au mari que par rapport à la femme et que par conséquent, le créancier doit obtenir la révocation d'une pareille donation, lorsqu'elle est faite en fraude de ses droits, sans être tenu de prouver la complicité des époux donataires.

KRUG-BASSE.

DE LA LÉGISLATION CONCERNANT LES TRAVAUX COMMUNAUX,

ET DE L'URGENCE D'Y APPORTER UNE AMÉLIORATION PAR VOIE LÉGISLATIVE.

Par M. Serrigny, professeur de droit administratif à la Faculté de droit de Dijon.

L'organisation de nos communes actuelles et l'existence du régime municipal paraissent une chose si naturelle aux hommes de notre génération, qu'ils sont tentés de croire que ce régime a toujours existé. Il n'en est pourtant rien, et cette opinion serait une étrange erreur.

Avant notre révolution de 1789, le mot *commune*, dans le sens que nous lui donnons aujourd'hui, n'existait même pas dans la langue juridique française, et l'Assemblée Constituante, à défaut d'un mot qui rendît parfaitement l'idée que nous y attachons, employait ordinairement les mots suivants : *ville, bourg, paroisse ou communauté de campagne*, dans ses lois d'organisation administrative : c'est ce que l'on peut voir notamment dans les lois des 14 et 22 décembre 1789. On comprend que le nom manquât là où la chose n'existait pas. En effet, les habitants des villages n'étaient rien dans l'ordre politique et administratif. Le curé avait la tenue des actes de l'état civil ; le seigneur avait la police, la justice et la voirie ; les habitants, qui étaient les hommes du seigneur, ne pouvaient s'assembler qu'avec sa permission pour délibérer sur les rares affaires qui

[1] Zachariæ, Aubry et Rau, vol. IV, § 630, et vol. V, § 709, n° 2.— *Traité des donations* de M. Troplong, II, n° 899 ; III, n° 1388.

Digitized by Google

intéressaient leurs biens communaux, et ils nommaient un syndic pour suivre les effets de leurs délibérations. C'est assez dire qu'il ne restait à peu près rien aux habitants de ce qui constitue les attributions municipales actuelles, si ce n'est quelques mesures relatives à la jouissance de leurs biens communaux.

Chose singulière! on ne trouve à peu près rien dans nos histoires du droit municipal sur ces communautés villageoises si nombreuses et si intéressantes. On s'est beaucoup occupé du régime municipal des cités romaines et des villes érigées en *communes* par des chartes de nos rois et de nos ducs; mais sur ce qui touche le régime des communautés villageoises, on ne trouve presque rien dans nos historiens. C'est dans les terriers des anciens seigneurs que se trouvent tous les éléments de cette histoire, qui attend son écrivain.

Toutes les communautés d'habitants ayant obtenu une organisation municipale politique et administrative par la loi du 14 décembre 1789, la logique des idées conduisit à leur donner une dénomination uniforme, et c'est ce que fit la Convention par le décret du 10 brumaire an II (31 octobre 1793), portant que « toute dénomination de *ville*, *bourg* et *village* sont supprimées, et que celle de *commune* leur est substituée. »

Depuis cette naissance à la vie du régime municipal, qui remonte à moins de soixante-dix ans, les communes étant devenues des circonscriptions administratives en même temps qu'elles étaient des corporations, elles ont tendu constamment à se modeler sur la grande communauté nationale ou l'État, dont elles forment des parties distinctes fondues dans un centre commun, concourant à former un tout unique. C'est principalement sous le rapport des travaux à exécuter que cette tendance s'est manifestée, et c'est le seul rapport dont je veux m'occuper ici, et encore sous un point de vue restreint.

Ce qui caractérise nos temps modernes, c'est l'immense développement donné aux travaux publics entrepris par l'État, par les départements et par les communes. Quand on examine tout ce qui s'est fait depuis moins de soixante-dix ans, dans nos campagnes, en constructions de maisons communes, de maisons d'écoles, de chemins vicinaux, de fontaines, etc., on est porté à penser qu'il a été fait, dans cet espace de temps, plus de travaux communaux qu'il n'en avait été exécuté dans les dix siècles antérieurs.

Digitized by Google

Pour faciliter la confection de ces travaux, il a fallu approprier la législation à ce but, et faire jouir les communes des avantages et des priviléges qu'elle assure à la construction des travaux publics nationaux. C'est ce qui a été fait en partie, mais en partie seulement, et ce qu'il s'agit de continuer, en faisant marcher la législation dans la voie d'assimilation suivie par la pratique.

Pour ne citer que les principaux cas d'extension aux travaux communaux des avantages accordés aux travaux publics généraux, nous indiquerons seulement :

1° La loi du 28 pluviôse an VIII, qui accorde aux communes la juridiction privilégiée du conseil de préfecture pour les contestations entre elles et les entrepreneurs, et pour la fixation des indemnités dues à raison des torts et dommages causés par les fouilles de matériaux et les occupations de terrains. Et, pour le dire en passant, il avait fallu une appréhension singulière de la part des membres du Conseil d'État de la Restauration, pour qu'ils aient pu répudier (de 1824 à 1830) la juridiction que leur donnait cette loi. Les tribunaux judiciaires et les Cours se montraient singulièrement inintelligents de l'esprit de nos lois et du mouvement qui entraîne nos sociétés modernes dans les voies du progrès, en refusant d'appliquer cette loi aux travaux communaux jusqu'à l'existence du tribunal des conflits.

2° La loi du 16 septembre 1807 s'est montrée plus explicite dans l'assimilation qu'elle a faite des travaux publics *généraux*, *départementaux* et *communaux*, sous le rapport des règles concernant les plus-values, les expropriations, les occupations de terrains et prises de matériaux, les expertises et la juridiction (Voir titre VII et XI); et l'on a peine à comprendre qu'il ait fallu arriver jusqu'à l'existence éphémère du tribunal des conflits, pour faire apercevoir ces assimilations aux magistrats judiciaires.

3° La loi du 21 mai 1836 sur les chemins vicinaux, par la création des agents voyers, qui sont des espèces d'ingénieurs au petit pied, a étendu l'assimilation des travaux communaux avec les grands travaux publics, en formant des hommes versés dans les connaissances nécessaires à la construction et à l'entretien des chemins vicinaux, pour employer utilement les ressources immenses fournies par cette loi.

4° Sous le rapport des formes des adjudications des travaux

Digitized by Google

communaux, l'ordonnance royale du 14 novembre 1837 accorde aux communes les mêmes garanties et les mêmes facilités que l'ordonnance du 4 décembre 1836 avait établies pour les travaux publics généraux. En effet, tous ces travaux peuvent jouir des trois modes d'entreprises : — sur adjudication avec concurrence illimitée, — sur soumissions restreintes, — ou d'après des marchés amiables et de gré à gré, selon les circonstances.

Il reste un point capital, immense, sur lequel la législation est en arrière de l'utilité publique, et dont la pratique journalière signale une profonde lacune, qui réclame une réformation urgente; je veux parler du privilége accordé aux ouvriers employés par les entrepreneurs, et aux fournisseurs de matériaux. On sait que la loi du 26 pluviose an II (14 février 1794) accorde *implicitement* ce privilége lorsqu'il s'agit de travaux publics nationaux. Le texte de cette loi révèle les nécessités pratiques qui l'ont fait naître. En effet, il arrive très-souvent que les entrepreneurs de travaux publics sont des hommes d'industrie qui ont peu ou point de capitaux, et qui comptent s'en procurer avec le prix des travaux qu'ils ont entrepris. Si malheureusement ils ont des créanciers qui pratiquent des saisies-arrêts ou des oppositions sur ce prix, à l'instant les ouvriers et les fournisseurs de matériaux ne sont pas payés, et les travaux languissent ou s'arrêtent complétement. C'est ce qui était arrivé quand parut la loi du 14 février 1794, qui interdit les saisies-arrêts ou oppositions sur le prix des travaux nationaux à tous autres créanciers qu'aux ouvriers employés par les entrepreneurs et aux créanciers pour fournitures de matériaux. Les inconvénients auxquels la loi citée avait pour but de remédier étaient si grands, qu'elle déclare nulles et non avenues les saisies-arrêts et oppositions formées antérieurement jusqu'au jour de ladite loi.

D'après son texte et sa rubrique, ce décret n'était que *provisoire* et devait servir seulement jusqu'à *réorganisation définitive des travaux publics*. Cette organisation s'étant faite par de simples décrets ou ordonnances, et l'établissement des priviléges étant une matière qui appartient au domaine du législateur, il est arrivé que le provisoire créé par la loi de 1794 a subsisté indéfiniment, sans modifications jusqu'à ce jour.

Les créances des ouvriers employés par les entrepreneurs de travaux communaux, et celles des fournisseurs de matériaux

Digitized by Google

employés dans ces travaux, jouissent-elles du privilége accordé par la loi du 26 pluviôse an II? Le texte de cette loi et la jurisprudence de la Cour de cassation leur refusent invariablement ce privilége. La rubrique et le texte du décret législatif précité ne mentionnent que les travaux *pour le compte de l'État ou pour le compte de la nation.* Il est, dès lors, manifeste que, quelque favorable que soit la position de ces créanciers, il n'était pas possible de les placer sous l'empire de cette loi spéciale et de les faire jouir du privilége qu'elle accorde à ceux qui ont contribué à la confection des travaux de l'État. (Voir Cour cass., 12 décembre 1831; Devill., 32, 1, 275. — Lyon, 21 janvier 1846; Devill., 46, 2, 262.)

Il est certain, néanmoins, que les mêmes raisons qui ont fait accorder le privilége de la loi du 26 pluviôse an II aux travaux publics nationaux, militent également pour l'accorder aux travaux communaux, qui sont réputés des travaux publics à d'autres égards. Voici, en effet, ce qui arrive tous les jours, et dont j'ai été bien souvent témoin. Des travaux communaux sont adjugés à un entrepreneur plus ou moins solvable, qui s'empresse de les remettre (malgré les défenses à lui faites par son cahier de charges), moyennant un rabais convenu, à un sous-entrepreneur encore moins solvable. Celui-ci commence l'exécution des travaux, et ensuite il tombe en faillite, ou bien c'est l'entrepreneur direct qui tombe en faillite avant d'avoir payé les ouvriers et les fournitures de matériaux. Tous ces créanciers spéciaux se présentent et demandent à être payés par préférence aux autres créanciers de l'entrepreneur sur ce qui lui reste dû par la commune; ou bien encore, il arrive souvent que l'entrepreneur, avant de tomber en faillite, a fait des cessions-transports à d'autres créanciers de ce qui lui revient sur ces travaux, et ces cessions, bien que notifiées au receveur municipal, sont contestées par les ouvriers qui invoquent un droit de préférence, en se fondant sur l'article 1798 du Code Napoléon, ainsi conçu : « Les maçons, charpentiers et autres » ouvriers qui ont été employés à la construction d'un bâtiment » ou d'autres ouvrages faits à l'entreprise, n'ont d'action contre » celui pour lequel les ouvrages ont été faits que jusqu'à concur- » rence de ce dont il se trouve débiteur envers l'entrepreneur, » au moment où leur action est intentée. »

Presque tous les auteurs qui ont écrit sur cet article, à l'ex-

Digitized by Google

ception de Delvincourt, en ont conclu qu'il accorde aux ouvriers une action *directe* contre le propriétaire de l'ouvrage, jusqu'à concurrence des sommes dont il reste débiteur envers l'entrepreneur, au lieu d'une action oblique du chef de l'entrepreneur. Cette opinion entraîne pour conséquence l'établissement d'un privilége en faveur des ouvriers, à l'encontre des autres créanciers de l'entrepreneur tombé en faillite. Si elle était fondée, l'article 1798 du Code Napoléon placerait les ouvriers employés par les entrepreneurs communaux dans une position parfaitement analogue à celle que la loi du 26 pluviôse an II a faite aux créanciers des ouvriers pour travaux de l'État.

Mais malheureusement je ne pense pas qu'il en soit ainsi. En effet, si les ouvriers de l'entrepreneur communal avaient une action *directe* sur les sommes à lui dues pour prix de travaux entrepris, il en résulterait, pour conséquence nécessaire, un privilége en leur faveur, à l'encontre de la masse des créanciers de l'entrepreneur failli, puisque cette action leur appartenant *directement*, les autres créanciers de l'entrepreneur ne pourraient venir en concours avec eux sur le résultat de cette action. C'est en cela que consiste l'intérêt de la question de savoir si l'action mentionnée par l'article 1798 est une action *directe* ou une action *oblique*, ou, en d'autres termes, si cette action est une application du droit commun écrit en l'article 1166 du Code Napoléon, ou bien si c'est une action dérogatoire au droit commun, et créant un droit particulier pour les ouvriers de l'entrepreneur de travaux communaux ou particuliers. Or, la Cour de cassation a jugé, par un arrêt mémorable du 14 janvier 1854, que l'article 1798 n'accorde pas aux ouvriers employés à une construction faite à l'entreprise pour compte d'une commune, le privilége que la loi du 26 pluviôse an II établit en faveur des ouvriers à des travaux publics nationaux, d'où elle conclut que l'entrepreneur a pu céder ce prix au préjudice des droits des ouvriers employés par l'entrepreneur des travaux communaux. (Voir Devill., 54, 1, 441.) Voici les motifs de cet arrêt :

« Attendu que l'article 1798 n'accorde aux ouvriers qui ont » été employés à une construction faite à l'entreprise, d'action » directe contre le propriétaire que jusqu'à concurrence de ce » dont il se trouve débiteur envers l'entrepreneur au moment » où leur action est intentée; qu'en permettant à l'entrepreneur

Digitized by Google

» de toucher le prix des travaux avant que les ouvriers soient » payés, cet article lui reconnaît nécessairement le droit d'en » disposer sans fraude par voie de cession; — que, quand il use » de ce droit, le propriétaire cesse, par l'effet de la signification » qui lui est faite du transport, d'être le débiteur de l'entrepre- » neur, et que, dès lors, l'action des ouvriers ne peut atteindre » des sommes qui, bien qu'encore dans les mains du propriété- » taire, n'appartiennent plus à l'entrepreneur; — que leur re- » connaître le droit de se faire payer sur ces sommes, par » préférence au cessionnaire, ce serait créer en leur faveur un » privilége que la loi du 26 pluviôse an II accorde bien aux » ouvriers pour le payement de leurs salaires sur les sommes » dues aux entrepreneurs des travaux de l'État, mais qui ne » peut être étendu au cas de travaux exécutés pour le compte » des communes ou des particuliers. »

La solution donnée par cet arrêt me semble parfaitement juridique. Il est très-exact de dire que les ouvriers employés par un entrepreneur de travaux communaux n'ont point de privilége sur les sommes dues à l'entrepreneur par la commune. La solution serait la même s'il s'agissait de travaux particuliers. Aux motifs donnés par l'arrêt ci-dessus transcrit, j'ajouterai un autre argument péremptoire, tiré de l'article 549, ainsi conçu : « Le salaire acquis aux ouvriers employés *directement* » par le failli, pendant le mois qui aura précédé la déclaration » de faillite, sera admis au nombre des créances privilégiées, » au même rang que le privilége établi par l'article 2101 du » Code civil pour le salaire des gens de service. »

Il résulte de cet article 1° que les ouvriers d'un entrepreneur ont, dans sa faillite, un privilége, mais limité à leurs salaires dus pour un mois seulement, et que ce privilége est général et s'étend à tous les effets mobiliers du failli, à la différence du privilége accordé, par la loi du 26 pluviôse an II, aux ouvriers des travaux publics nationaux, qui comprend le montant intégral de leurs salaires, et ne porte que sur le prix dû par l'État, qui est le propriétaire ou le maître de l'ouvrage;

2° Que les ouvriers d'un entrepreneur de travaux privés ou communaux n'ont aucun privilége contre la faillite du propriétaire de l'entreprise, par la raison qu'ils n'ont pas été employés *directement* par ce propriétaire, comme le veut l'article 549 du Code de commerce, mais par l'entrepreneur; donc ils n'ont pas

Digitized by Google

l'action *directe* contre ce propriétaire de l'entreprise, puisque, s'ils avaient cette action directe, ils en auraient le profit, car le résultat d'une action appartient à ceux qui ont l'action.

Cela posé, je dois signaler une contradiction qui me choque dans les motifs de l'arrêt si mémorable du 18 janvier 1854, dont la solution est d'ailleurs parfaitement juridique. Cette contradiction existe, à mon sens, dans le premier considérant, suivant lequel « l'article 1798 n'accorde aux ouvriers qui ont été em-» ployés à une construction faite à l'entreprise, d'action *directe* » contre le propriétaire que jusqu'à concurrence de ce dont il » se trouve débiteur envers l'entrepreneur au moment où leur » action est intentée. » — Il est contradictoire de dire, d'une part, que les ouvriers ont une action *directe* sur le prix des ouvrages auxquels ils ont concouru, et, d'autre part, qu'ils n'ont pas de préférence ou de privilége sur ce prix; car demander si l'action est *directe* ou *oblique*, c'est demander : 1° si les créanciers seront payés sur ce prix par préférence aux autres créanciers de l'entrepreneur;

C'est demander, 2° si les seuls ouvriers seront admis à pratiquer des saisies-arrêts ou oppositions sur ce prix, ou si le même droit appartiendra aux autres créanciers de l'entrepreneur avant que les ouvriers soient désintéressés;

C'est demander, 3° si l'entrepreneur pourra céder ou non ce prix à des tiers avant que les ouvriers de l'entrepreneur soient payés;

C'est demander, en un mot, si la loi du 26 pluviôse an II est spéciale aux travaux publics nationaux, ou si elle doit s'appliquer aussi aux travaux publics communaux. Or la Cour de cassation a jugé, par l'arrêt du 18 janvier 1854 : 1° que les ouvriers d'un entrepreneur de travaux communaux n'ont pas le privilége de la loi du 26 pluviôse an II, et que l'article 1798 C. Nap. n'a point cette portée;

2° Que l'entrepreneur a pu céder ce prix à des tiers sans que les ouvriers soient admis à critiquer cette cession faite sans fraude.

Cette solution entraîne, par voie de conséquence, la reconnaissance du droit des autres créanciers de l'entrepreneur de travaux privés ou communaux, de pratiquer des saisies-arrêts et de les faire valider au préjudice des ouvriers qui n'auraient

Digitized by Google

point formé d'opposition avant que les jugements de validité fussent passés en force de chose jugée.

Donc il est inexact et inconséquent d'ajouter que l'action donnée par l'article 1798 du Code Napoléon aux ouvriers est *directe*, puisqu'elle ne produit aucun des effets d'une action directe ; donc l'arrêt du 18 janvier 1854 est inconséquent avec lui-même, *dans l'un de ses motifs*, en qualifiant cette action de *directe*. Mais on sait que l'autorité de la chose jugée ne s'attache qu'au dispositif et non aux motifs des arrêts. Il doit en être de même de sa force doctrinale, et je pense que les mots action *directe* sont un *lapsus* échappé au rédacteur de l'arrêt, et qui ne doit avoir aucune influence sur la portée de cette décision.

J'attache d'autant plus d'importance à mon observation, que l'arrêtiste fait sur cet arrêt la note suivante, qui me semble entièrement fausse : « Il est constant que les ouvriers ont, pour » le payement de ce qui leur est dû, un droit *direct* contre celui » pour le compte de qui ces ouvrages ont été faits, » etc. (Suit une indication détaillée d'arrêts et d'auteurs qui consacrent ou professent cette doctrine.) Dans mon opinion, l'arrêt du 18 janvier 1854 est la condamnation de cette opinion, enseignée par un grand nombre d'auteurs ; et voilà pourquoi j'attache une si grande importance à cette décision, dont la portée me semble méconnue par l'arrêtiste estimable dans le recueil de qui je l'ai puisée.

Quel est donc le sens de l'article 1798 du Code Napoléon ? C'est une disposition du même genre que celle de l'article 1753, et qui a pour objet de préciser la position du propriétaire vis-à-vis des ouvriers de l'entrepreneur; et il limite et détermine les engagements du propriétaire quant au payement du prix, sans s'occuper de décider comment et par quel genre d'action ces ouvriers pourront se faire payer de ce qui leur est dû : « Ils n'ont d'action contre lui que jusqu'à concurrence de ce » dont il se trouve débiteur envers l'entrepreneur, au moment où » leur action est intentée. » C'est une garantie donnée au propriétaire que les payements faits par lui à l'entrepreneur sont pleinement libératoires, même à l'égard des ouvriers, comme l'article 1753 garantit au sous-locataire que les payements non anticipés faits par lui sont pleinement libératoires, même à l'égard du propriétaire. Voilà tout ce qu'il y a dans l'article 1798. Ceux qui ont vu dans ce texte une action *directe*, dont il n'est

Digitized by Google

pas dit un mot, ont embrouillé toutes les idées des légistes sur son interprétation.

En résumé, on voit que les travaux des communes, bien que considérés comme des travaux publics et jouissant de presque tous les priviléges des travaux de l'État, ne participent cependant pas à l'avantage considérable accordé à ces travaux par la loi du 26 pluviôse an II. Or c'est là une lacune immense dont j'ai vu très-souvent résulter des dommages considérables à l'encontre des communes, dont les travaux sont mal exécutés quand, ce qui arrive souvent, les entrepreneurs ou sous-entrepreneurs sont insolvables. Que l'on consulte à cet égard les préfets, les sous-préfets, les maires et tous les hommes qui ont vu de près les affaires administratives et judiciaires, il n'y aura qu'une voix pour constater les inconvénients immenses que je prends la liberté de signaler.

J'ajoute qu'outre l'utilité de ce privilége pour nos 37,000 communes, qui font exécuter tant de travaux et qui ont tant besoin d'être protégées à l'égal de l'État contre les méfaits et l'insolvabilité des entrepreneurs, rien n'est plus juste que le privilége que je demande en faveur des ouvriers et des fournisseurs de matériaux pour les travaux communaux, car ce sont eux qui créent les ouvrages dont le prix est à distribuer. La publicité et la notoriété des travaux communaux empêchent, d'ailleurs, que les tiers soient trompés par l'expectative du prix de ces mêmes travaux, avant le payement des ouvriers et des fournisseurs de matériaux. Si le législateur consacrait ce privilége, il n'en pourrait sortir que des avantages sans aucun inconvénient. On pourrait, à cette occasion, refondre la loi *provisoire* du 26 pluviôse an II sur le privilége des travaux publics, et l'étendre aux travaux communaux, en résolvant quelques-unes des plus graves difficultés auxquelles son application a donné lieu dans la pratique. Ce serait combler une des lacunes les plus urgentes de notre législation. SERRIGNY.

Digitized by Google

CHEMINS. — PRÉFET. — COMPÉTENCE.

Par M. Petit, doyen des présidents de chambre à la Cour impériale de Douai.

Monsieur le Rédacteur en chef,

En faisant à ma petite brochure sur les *Chemins* l'honneur d'occuper une place dans la *Revue critique de législation et de jurisprudence*, vous m'avez procuré de la part de vos lecteurs des adhésions qui me flattent infiniment, et dont il est juste que je vous remercie, puisque c'est à votre savante publication que je les dois. Mais elles m'ont attiré en même temps bien des questions et des provocations auxquelles la bienveillance que l'on me témoigne me fait un devoir de répondre, quoique je sois bien peu disposé à avoir la prétention d'être une autorité en cette matière, pas plus qu'en aucune autre. On me demande mes idées; je vous en envoie quelques-unes. Vous en ferez ce que vous voudrez.

Je ne vous parlerai aujourd'hui que de la *compétence* de l'autorité administrative.

Les recueils judiciaires nous apportent chaque jour des décisions en si grand nombre, et souvent si contradictoires, qu'il faut bien reconnaître que l'on n'est pas encore bien d'accord sur les principes. Pour moi, il est un point de départ qui, en ne le perdant pas de vue, me sert toujours à résoudre facilement toutes les difficultés, c'est celui-ci : Un chemin est déclaré vicinal ou il ne l'est pas; s'il est classé comme vicinal, compétence de l'autorité administrative; s'il ne l'est pas, compétence de l'autorité judiciaire.

Dans une dissertation que le savant professeur, M. Chauveau Adolphe, a cru devoir publier dans son journal du *Droit administratif*, 4e cahier de 1855, j'ai dit que le droit du préfet se restreint aux chemins vicinaux; j'ai invoqué à l'appui de mon opinion celle de M. Proudhon, qui nous enseigne, dans son *Traité du domaine public*, t. II, page 212, que les préfets ont bien l'autorité suffisante pour reconnaître l'opportunité de l'ouverture d'un chemin vicinal, là où il n'y en a pas encore, pour déclarer si un chemin déjà établi et reconnu comme une voie publique, doit être placé sur le tableau des chemins vicinaux, pour ordonner les rectifications qui peuvent être à opérer dans

Digitized by Google

la direction d'un chemin vicinal; mais que là se bornent leurs pouvoirs et qu'ils n'ont le droit ni de s'emparer du fonds d'autrui, ni de connaître d'une question de propriété. J'ai rappelé qu'en commentant la loi du 28 juillet 1824, M. Proudhon nous dit encore, page 229, n° 502, qu'il faut regarder comme constant qu'il n'y a de soumis aux règles des chemins vicinaux que ceux qui ont été positivement rangés dans cette classe par un arrêté de l'administration. J'ai reproduit, enfin, le n° 971, où le même auteur nous dit qu'à l'égard des chemins publics qui ne sont ni grandes routes, ni chemins vicinaux, quel que soit l'objet des plaintes ou contestations qui peuvent s'élever à leur sujet, les conseils de préfecture ne peuvent jamais en connaître, parce qu'ils n'ont reçu aucune mission en ce qui les concerne, sous quelque rapport que ce soit; et de là il résulte que tant que le préfet n'a pas préjudiciellement fait placer un chemin sur le tableau des chemins vicinaux, l'autorité administrative est incompétente.

Ainsi M. Proudhon pose nettement le principe, et je dis comme lui, et après lui, si le chemin n'est pas vicinal, le préfet n'est pas compétent; et par suite j'arrive à conclure que toutes les difficultés qui peuvent surgir à l'égard de tous les autres chemins, doivent être examinées au point de vue du droit commun. Quand le chemin est vicinal, le préfet est compétent, et la loi du 21 mai 1836 est applicable; mais quand le chemin n'est pas classé comme vicinal, la loi du 21 mai 1836 n'est pas applicable, le préfet est incompétent et l'autorité administrative n'a aucun droit d'intervenir dans la contestation, soit qu'il s'agisse d'un chemin rural, soit qu'il s'agisse d'un chemin communal, d'un chemin d'exploitation, d'un chemin d'enclave, d'un chemin de servitude, peu importe, il suffit qu'il ne s'agisse pas d'un chemin classé comme vicinal.

Je pose, comme on le voit, le principe comme absolu, et je ne crains pas d'ajouter qu'il ne souffre aucune exception, parce que la loi du 21 mai 1836 est déjà elle-même une exception au droit commun, exception qui doit être par conséquent renfermée dans ses limites.

Le Conseil d'État et tous les tribunaux ont fait bien des fois application de ce principe, qui me paraît incontestable. Comment se fait-il donc qu'il soit encore méconnu? Évidemment c'est parce qu'on le perd de vue, en s'égarant dans les circon-

Digitized by Google

stances de détails ou les considérations plus ou moins puissantes d'une espèce particulière. Je pourrais citer bien des exemples, mais je n'en connais pas de plus frappant que celui que j'ai déjà signalé dans la dissertation dont j'ai parlé ci-dessus.

Au mois d'octobre 1853, M. Ternuick, percepteur des contributions directes à Bois-Bernard, s'empara d'un sentier qui longe les haies du village, et intercepta toute communication par la plantation d'une haie vive.

Le sieur Sylvain, l'un des riverains intéressés à la conservation de ce sentier, appela M. Ternuick au possessoire, devant le juge de paix.

M. Ternuick se défendit en soutenant qu'il ne s'agissait que d'un passage de tolérance.

Le juge de paix mit la cause en délibéré; et le délibéré fut long, car il se prolongea du 9 mars au 1er juin 1854.

Pendant ce temps, M. le préfet ordonna une enquête *de commodo et incommodo* sur la question de suppression du sentier.

Elle fut faite, le 14 mai 1854, par le juge de paix, le juge qui délibérait.

Le 28 mai 1854, arrêté du préfet du Pas-de-Calais, qui autorise la suppression du sentier au profit de M. Ternuick, à la charge par lui d'en fournir un autre sur son terrain.

Le 1er juin 1854, jugement de M. le juge de paix, qui décide que le sentier n'est qu'un passage de tolérance.

Il serait bien difficile de concilier ces prétentions et ces décisions; mais cela est étranger à la question que nous examinons.

Appel de la part du sieur Sylvain, et, le 11 août 1854, jugement qui déclare que M. le juge de paix avait méconnu les faits et les principes, avait fait une fausse application de la loi et rendu un jugement qui devait être infirmé. En conséquence, statuant sur le litige, le tribunal dit que Ternuick, en plantant la haie, avait commis un trouble à la jouissance et possession de Sylvain, et le condamne, à titre de dommages et intérêts, à tous les dépens.

Le sieur Sylvain crut qu'il était impossible de reconnaître et de consacrer, d'une manière plus nette, les faits qu'il avait articulés et le droit qu'il avait réclamé; il crut pouvoir, après signification et sommation, enlever la haie qui formait obstacle

Digitized by Google

à la jouissance des droits de passage dont il était reconnu en possession. Comme on va le voir, il se trompait. L'arrêté du préfet, intervenu pendant l'instance judiciaire, et dont cependant on ne s'était pas prévalu en cause d'appel, était resté debout, destiné à produire des conséquences désastreuses pour lui.

M. Ternuick assigna le sieur Sylvain en dommages-intérêts, pour avoir arraché la haie; et par jugement du tribunal d'Arras, du 10 janvier 1855, attendu que la possession était devenue litigieuse par suite d'actes de l'autorité administrative intervenus pendant le procès, et attendu que le jugement du 11 août 1854 n'ordonnait pas la destruction de la haie, condamne Sylvain aux dommages-intérêts à libeller et aux dépens.

Ainsi il est jugé par le jugement du 11 août 1854 que Sylvain avait la possession et la jouissance du sentier,

Et par le jugement du 10 janvier 1855 il est jugé qu'il ne peut ni posséder le sentier ni en jouir.

Voilà l'effet des actes administratifs intervenus *pendant* le procès; c'est le tribunal qui le dit.

Si tel devait être l'effet de l'arrêté du préfet, il est bien regrettable que le tribunal ne l'ait pas dit dans son jugement du 11 août 1854, alors qu'il le pouvait, car, bien que l'on ne se fût pas prévalu de cet arrêté devant lui, il devait en connaître l'existence et la date tout aussi bien le 11 août 1854 que le 10 janvier 1855; le sieur Sylvain n'aurait pas été induit en erreur, il n'aurait pas consommé sa ruine par le payement des dommages-intérêts et des frais considérables engendrés par leur libellé.

Quoi qu'il en soit, je puis dire que le tribunal d'Arras s'est trompé en donnant à l'arrêté du préfet une portée qu'il ne saurait avoir, en disant dans son jugement du 10 janvier 1855, que la *possession était devenue au moins litigieuse par suite d'actes administratifs intervenus pendant le procès*, puisque lui-même a depuis, et par jugement du 31 décembre 1856, jugé formellement que ces mêmes *actes administratifs intervenus entre l'administration et le sieur Ternuick, relativement au sentier dont s'agit, n'ont été et n'ont pu être contractés que sauf les droits des tiers et sous la réserve de ces droits.*

Pour moi il a toujours été évident que l'arrêté du préfet constituait un excès de pouvoir et ne pouvait avoir aucune influence sur les décisions judiciaires. Le sentier n'était pas

Digitized by Google

classé comme vicinal, et le préfet n'avait pas à intervenir dans une contestation entre deux propriétaires riverains, dont l'un prétendait, devant l'autorité judiciaire, avoir un droit de passage, et l'autre soutenait que ce droit de passage n'était qu'un passage de tolérance.

M. le ministre de l'intérieur n'a pas partagé cet avis; car les habitants de Bois-Bernard ayant réclamé l'annulation de l'arrêté du préfet, Son Excellence a décidé, le 14 février 1855, qu'ayant reconnu que le sentier faisait partie des voies publiques de la commune de Bois-Bernard, le préfet, en prononçant la suppression du sentier, n'avait fait qu'user du droit que lui confère l'arrêté du 23 messidor an V.

J'en demande pardon à Son Excellence, mais je trouve ici une fausse application de l'arrêté du 23 messidor an V, qui n'était relatif qu'aux chemins vicinaux, et qui, d'ailleurs, a été absorbé et remplacé par la loi du 21 mai 1836, qui restreint aux chemins vicinaux classés les droits des préfets. Qu'importe donc que le préfet du Pas-de-Calais ait reconnu ou non que le sentier dont il s'agit faisait partie des voies publiques de Bois-Bernard? Est-ce que toutes les voies publiques sont à la disposition du préfet? Que ce soit un chemin rural, un chemin communal, un chemin d'exploitation, un passage de tolérance, peu importe; dès que le chemin n'est pas classé comme vicinal, le préfet n'avait ni droit ni qualité pour intervenir. Qu'importe que le sentier fût public en ce sens qu'il était fréquenté par tous ceux qui sont à portée de s'en servir? Il n'était pas public dans le sens légal, puisque la loi ne reconnaît pour chemins publics que les chemins classés comme vicinaux. Ces principes, que j'ai toujours soutenus avec la plus entière conviction, notamment par mon article de 1855, sont devenus incontestables aujourd'hui en présence de l'arrêt que la Cour de cassation a rendu le 24 juin 1856, qui est ainsi motivé :

« Attendu que depuis la promulgation de la loi du 21 mai 1836 » le caractère de chemins publics ne peut plus être accordé » qu'aux chemins *vicinaux reconnus et maintenus comme tels;* » qu'ils font seuls partie du domaine public, et que les anciens » chemins publics perdent leur destination par le défaut de » classement administratif. »

Cet arrêt se trouve dans le recueil de Dalloz, volume 1857, partie Ire, page 90.

Digitized by Google

En publiant mon article, l'honorable M. Chauveau y a joint une note dans laquelle il avance tout d'abord qu'il ne partage pas tous les principes que j'ai émis, et j'avoue que ma première impression a été d'être effrayé d'une dissidence qui devait me faire croire que je m'étais trompé ; mais j'ai été bientôt rassuré en voyant que cette dissidence était plus apparente que réelle, puisque d'accord sur tous les points, M. Chauveau lui-même ne signale qu'une opposition restreinte à la conclusion. J'ai dit que le préfet avait commis un excès de pouvoir et M. Chauveau pense que M. le ministre a eu raison de décider que l'arrêté d'homologation n'était pas vicié d'excès de pouvoir. Nous sommes d'accord, il ne s'agit que de bien nous entendre. Sans doute, si l'arrêté du préfet n'était qu'un arrêté d'homologation, un arrêté homologuant une cession, une vente, une convention, un contrat quelconque de la commune, il n'y aurait pas excès de pouvoir. Cet arrêté qui ne serait qu'un acte de tutelle administrative, un acte de pure administration, serait très-légal et rentrerait dans les droits comme dans les devoirs du préfet, mais il y a incompétence et par conséquent excès de pouvoir lorsque le préfet, au lieu d'approuver une cession ou un contrat quelconque consenti par une commune, ordonne la suppression d'un chemin non vicinal au profit d'un riverain, à la charge par lui d'en fournir un autre plus loin sur son terrain. En un mot, il n'y a pas excès de pouvoir, lorsque le préfet se borne à approuver, en exécution de la loi du 18 juillet 1837, mais il y a excès de pouvoir lorsqu'il statue et ordonne d'office une suppression et un échange. Je crois que si M. Chauveau avait connu tous les faits, il n'aurait trouvé aucune différence entre son opinion et la mienne.

C'est pour arriver à ce résultat, auquel j'attache beaucoup d'importance, que je demande la permission de faire remarquer que M. le Ministre ne s'y est pas mépris, puisque dans sa décision il constate que le préfet a statué au point de vue de la voirie, et j'ajouterai qu'il ne pouvait pas s'y méprendre ayant sous les yeux l'arrêté du préfet qui vise tout à la fois la loi de 1837 et la loi de 1836. Il ne peut d'ailleurs être douteux pour personne qu'un simple arrêté du préfet homologuant seulement une convention de la commune n'aurait pas arrêté le tribunal d'Arras ni la Cour impériale de Douai qui, adoptant les motifs des premiers juges, a confirmé le jugement du 10 jan-

Digitized by Google

vier 1855 qui décide que la *possession était devenue au moins litigieuse par suite d'actes de l'autorité administrative intervenus pendant le procès.*

Je me résume, et je dis :

La compétence de l'autorité préfectorale est restreinte aux chemins classés comme vicinaux. La loi du 21 mai 1836 renferme tous ses droits ; c'est une exception unique au principe consacré par l'article 545 du Code Napoléon. Toutes les autres voies de communication, chemins ruraux, carrières, passages, sentes, sentiers, forment des propriétés communales qui sont régies par les règles ordinaires et le droit commun. Si une commune veut disposer d'une de ces voies de communication, elle le peut en remplissant toutes les formalités voulues par la loi de 1837 et avec l'approbation du préfet, tuteur légal des communes ; mais ce n'est pas le préfet qui cède, qui vend ou qui échange, c'est la commune et, par suite, c'est à la commune que doivent s'adresser toutes les réclamations des tiers. L'approbation du préfet n'est rien, elle n'est qu'une formalité qui habilite la commune à contracter, mais qui ne peut ni conférer ni modifier aucun droit. L'approbation suit le sort de l'acte, et tombe ou subsiste avec lui. Si l'autorité judiciaire, seule compétente, en prononce la nullité ou l'inefficacité, l'approbation tombe par une conséquence nécessaire ; mais ce n'est pas contre elle que sont dirigées les actions des tiers. C'est le contrat de la commune qui est attaqué ; c'est sur ce contrat que porte la décision judiciaire, et non sur l'approbation préfectorale. Donc, en fixant le sort d'une cession faite par une commune, les tribunaux n'empiètent pas sur les attributions de l'autorité administrative, dont ils n'ont pas à se préoccuper pour vider un différend de la compétence judiciaire.

Si les principes sont vrais, c'est donc avec raison que j'ai soutenu l'incompétence et l'excès de pouvoir du préfet du Pas-de-Calais ; et par une conséquence inévitable, le ministre de l'intérieur a eu tort de maintenir cet arrêté en décidant que le préfet ayant reconnu que le sentier faisait partie des voies publiques de Bois-Bernard, il n'avait fait qu'user de son droit en prononçant la suppression.

Il en résulte aussi nécessairement que de son côté l'autorité judiciaire a méconnu les principes, le tribunal d'Arras en ju-

Digitized by Google

geant que *la possession de Sylvain était devenue au moins litigieuse par suite d'actes de l'autorité administrative, intervenus pendant le procès*, et la Cour impériale de Douai en adoptant les motifs et en confirmant la décision.

Ces décisions ont fait au sieur Sylvain une position aussi triste que bizarre, et elle est assez extraordinaire pour mériter d'être signalée en deux mots : Le sieur Sylvain en est arrivé à ne savoir plus où s'adresser, puisque d'une part l'autorité judiciaire lui dit : Vous avez des droits, mais les actes administratifs sont un obstacle à ce que vous en jouissiez, et que de l'autre le ministre répond : Le prefet a usé de son droit, adressez-vous à l'autorité judiciaire.

Sylvain a recouru à l'autorité de la Cour de cassation, mais, par arrêt du 2 décembre 1856, cette Cour a répondu :

« Attendu que la demande en dommages-intérêts était uni-
» quement fondée sur le fait violent et arbitraire de la part du
» défendeur qui avait renversé et arraché une haie litigieuse,
» et que l'arrêt, qui en reconnaissant ces faits à la charge du de-
» mandeur, l'a condamné à des dommages-intérêts, n'a violé
» aucune loi ; — rejette. »

Je termine en priant ceux qui ne voudraient pas adopter les principes que je viens de développer, d'enseigner à Sylvain où il pourra trouver des juges pour apprécier ses droits de passage sur le sentier supprimé par M. le préfet du Pas-de-Calais ; ce serait un service rendu à la science, et dont, pour mon compte, je serais très-reconnaissant. PETIT.

Digitized by Google

BIBLIOGRAPHIE.

DU PRÊT A INTÉRÊT, DE L'USURE,

ET DE LA LOI DU 3 SEPTEMBRE 1807.

Par M. Romiguière, avocat, auteur du *Commentaire de la loi sur les sociétés en commandite* et de la *loi sur l'arbitrage forcé*[1].

Compte rendu par M. Coffinières, docteur en droit, ancien avocat à la Cour de cassation.

Il est certaines minces brochures qu'on préfère à de gros volumes; d'abord parce qu'il ne faut pas beaucoup de temps pour les lire, ensuite parce qu'on y trouve quelquefois de bonnes choses et peu de mots.

Telle est celle qu'a récemment publiée M. Romiguière, au sujet d'une question grave soumise au conseil d'État il y a quelques mois sur la demande des chambres de commerce et dont la solution est impatiemment attendue : faut-il maintenir ou abroger la loi du 3 septembre 1807, sur le taux de l'intérêt de l'argent?

Sous l'ancienne législation, il était formellement interdit de stipuler des intérêts dans un prêt d'argent; une ordonnance du mois de mai 1539 prononçait des peines sévères contre ceux qui violaient une telle prohibition.

C'était, par une appréciation rigoureuse du dogme religieux, enlever au prêt le caractère d'un contrat civil.

Aussi, par un décret des 3-12 octobre 1789, l'Assemblée nationale décida qu'on pourrait, à l'avenir, prêter l'argent à terme fixe, avec stipulation d'intérêt, suivant le taux déterminé par la loi, sans entendre rien innover aux usages du commerce.

On sait que l'usage depuis longtemps admis entre les commerçants est de percevoir un supplément de l'intérêt ordinaire, sous le titre d'escompte ou de commission.

Le décret de 1789 décidait implicitement que l'intérêt du prêt non commercial n'excéderait pas le taux qui serait déterminé par la loi.

[1] Chez Guillaumin et Cᵉ, libraires, rue Richelieu, 14.

Digitized by Google

Voici les dispositions du Code civil sur cette matière.

Après avoir sanctionné dans l'article 1905 le droit de stipuler des intérêts pour simple prêt soit d'argent, soit de denrées ou autres choses mobilières, les rédacteurs du Code s'expriment ainsi dans l'article 1907 :

« L'intérêt est légal ou conventionnel. L'intérêt légal est fixé par la loi. L'intérêt conventionnel peut excéder celui de la loi, toutes les fois que la loi ne le prohibe pas. »

Le titre X, livre III, auquel appartiennent ces articles, a été publié le 19 mars 1804. Ainsi, à partir de cette époque, on a pu dans les contrats de prêt stipuler valablement un intérêt quelconque, par cela seul qu'aucune disposition législative, pendant les trois années qui suivirent la promulgation du Code civil, n'avait fixé le taux de l'intérêt légal.

Le souverain qui avait pris une part si active à l'élaboration de nos Codes était parti de ce grand principe, que si les mœurs peuvent améliorer les lois, les lois peuvent à leur tour exercer une influence utile sur les mœurs.

Des hommes cupides avaient spéculé sur la faculté de fixer arbitrairement le taux de l'intérêt, et la plupart des prêts étaient devenus des contrats usuraires ; il était urgent d'arrêter un abus qui avait déjà fait tant de victimes, et c'est dans de telles circonstances qu'intervint la loi du 3 septembre 1807.

Cette loi fixe l'intérêt légal *en matière civile* à 5 pour 100, et en matière de commerce à 6 pour 100 sans retenue.

Elle pose en principe que l'intérêt conventionnel ne doit pas excéder l'intérêt légal ; de sorte qu'il ne peut intervenir de stipulation à cet égard que pour fixer le taux de l'intérêt *au-dessous* de 5 ou 6 pour 100, selon qu'il s'agit d'un prêt civil ou commercial.

D'après les articles 3 et 4 de cette loi, les prêteurs qui avaient exigé un intérêt supérieur pouvaient être poursuivis en restitution des sommes illégalement perçues, et être traduits devant les tribunaux correctionnels comme coupables d'usure, s'ils avaient habituellement consenti des prêts au-dessus de l'intérêt légal.

Aujourd'hui qu'un demi-siècle s'est écoulé depuis sa promulgation, faut-il rapporter ou modifier profondément la loi de 1807 ? Telle est la question discutée par M. Romiguière ; il

Digitized by Google

n'hésite pas à se prononcer pour l'affirmative; et quand ils auront lu sa brochure, beaucoup de gens partageront sans doute cette opinion.

Si nous présentions avec tous leurs développements les moyens de diverse nature que l'auteur présente à l'appui de sa thèse, nous serions exposés à ce que ce compte rendu dépassât l'étendue de l'ouvrage soumis à notre examen, ce qui serait contre toutes les règles de la polémique.

« Nous reconnaissons, dit M. Romiguière, que la loi de 1807 a été utile, nécessaire si l'on veut. Il nous reste à examiner si elle l'est encore aujourd'hui, et à quel degré. Pour éclairer ce point, il faut interroger les faits, la pratique et l'ensemble de la situation économique et financière du pays. »

S'expliquant d'abord sur les faits, l'auteur affirme, d'après les statistiques judiciaires, « que l'usure n'existe plus que comme un accident circonscrit dans les bas-fonds de l'industrie, et avec des proportions tellement restreintes qu'elle ne mérite plus l'honneur d'être considérée comme une plaie sociale ou un danger public. »

Il ajoute que le législateur ne doit porter atteinte au principe vital de la liberté des conventions que momentanément et lorsqu'il s'agit de faire cesser un abus devenu intolérable.

Du fait par lui constaté et de la maxime qu'il vient de poser, M. Romiguière tire la conséquence que la loi de 1807 a perdu beaucoup de son utilité.

Dans l'opinion de l'auteur qui combat à ce sujet celle qu'a émise son confrère, M. Paillard de Villeneuve, dans des articles publiés par la *Gazette des tribunaux*, la loi de 1807 a porté une atteinte grave au crédit public, notamment lors de la crise financière et monétaire de 1856, que les hommes compétents attribuent, dit-il, *en partie* à ce que cette loi n'avait pas permis à la Banque de France de lutter contre l'absorption de son numéraire par une élévation d'intérêt proportionnée à celle des autres places de commerce.

Pour prouver que la loi de 1807 n'est plus en harmonie avec les mœurs et les besoins de l'époque, M. Romiguière fait remarquer que les tribunaux restent inactifs en présence de nombreuses violations flagrantes de la loi qui sont de notoriété, puisque les journaux les signalent tous les jours au public. Il

Digitized by Google

cite à cet égard les emprunts faits par des sociétés en dessus de l'intérêt légal, et les reports sur les effets publics, ainsi que sur les actions industrielles, qui ne sont qu'un *prêt sur gage*, comme l'a jugé la Cour de cassation, et qui assure au prêteur un intérêt de 10, 12, quelquefois même de 20 pour 100.

A cette occasion, l'auteur s'exprime ainsi : « Les esprits s'habituent peu à peu au mépris d'une loi qui n'est pas appliquée. De là à la révolte contre cette loi, il n'y a qu'un pas. Est-ce là ce que veulent les partisans de la loi de 1807? et n'est-il pas bien mieux inspiré celui qui, au nom des principes éternels de justice et de moralité publiques, fait des vœux pour que la loi soit faite de telle sorte qu'elle réponde aux besoins matériels et moraux, et qu'on puisse toujours l'invoquer hautement contre tous? »

Plusieurs lois et ordonnances d'une date postérieure prouvent, d'ailleurs, que le législateur n'a jamais *considéré* lui-même la loi de 1807 comme fixant, relativement au taux de l'intérêt, une limite qu'il n'était pas permis de franchir. M. Romiguière rappelle à ce sujet deux décrets impériaux, des 15 et 18 janvier 1814, qui avaient suspendu pour un an l'exécution de cette loi, d'abord pour les prêts des dépôts de marchandises, ensuite pour tous autres prêts à intérêt; ainsi qu'une ordonnance royale du 7 décembre 1835, qui applique à nos possessions du nord de l'Afrique le principe de liberté *consacré* par le Code civil, relativement à la fixation du taux de l'intérêt conventionnel, et qui, à défaut de convention, porte à 10 pour 100 le taux de l'intérêt légal; enfin la loi du 19 juillet 1857, qui permet à la Banque de France d'excéder le taux légal, non-seulement pour l'escompte des effets de commerce, mais encore pour des prêts sur dépôt de valeurs.

Ce dernier fait conduit M. Romiguière à conclure que la violation de la loi de 1807, permise à la Banque de France, entraîne nécessairement cette violation de la part des banquiers et des commerçants qui servent d'intermédiaire aux marchands et aux industriels dont la seule signature ne serait pas admise à la Banque de France; car ils sont obligés d'exiger un escompte ou intérêt, non-seulement égal, mais supérieur à celui que la Banque elle-même se fait payer.

« Ainsi, dit-il, la loi de 1807 existe encore de fait, mais son

Digitized by Google

autorité morale est détruite à tel point qu'on peut affirmer, en saine logique, qu'elle est virtuellement anéantie.... Le Corps législatif, en votant la loi de 1857, s'est engagé fatalement à supprimer la loi de 1807; et les bons effets qu'a produits le retour aux vrais principes ne sont pas de nature à inspirer des regrets ni à faire reculer. »

M. Romiguière dit que la *Hollande vient d'abroger* la loi de 1807, et que la *Prusse* elle-même en a suspendu l'exécution. « Le principe de cette loi, ajoute-t-il, est répudié partout! et l'on proposerait à la France seule, entre toutes les nations, de reprendre ce principe, après l'avoir abandonné naguère pour un minime intérêt! »

Dans les dernières pages de son écrit, l'auteur examine les deux modifications qu'on propose dans la loi de 1807, au lieu d'en prononcer franchement l'abrogation.

Ces modifications consisteraient : 1° à établir une distinction entre les matières civiles et les matières commerciales, et à n'accorder que pour ce dernier la fixation libre des intérêts; 2° à abolir dans la loi de 1807 le principe de l'immobilité de l'intérêt légal, en y substituant une disposition qui permettrait de le modifier suivant les circonstances.

Il fait observer que la distinction entre le prêt civil et le prêt commercial serait injuste, et qu'il serait, d'ailleurs, facile d'éluder la disposition de la loi, en donnant au premier de ces prêts la forme et les apparences d'un prêt commercial.

La seconde modification proposée, dit-on, par plusieurs chambres de commerce, que l'intérêt légal fût au même taux que celui de la Banque de France, qui peut se modifier à son gré, au-dessous du *maximum* fixé, est encore plus inacceptable aux yeux de M. Romiguière. Comment admettre, en effet, qu'un règlement de la Banque qui peut changer d'un moment à l'autre, eût l'autorité de la loi pour attacher à certains faits le caractère de délits?

« Le principe de la liberté pour la stipulation des intérêts (dit l'auteur en terminant) a certainement entraîné quelques abus, et il n'en sera pas exempt, surtout au début de son établissement, de même que la liberté d'industrie et l'abolition du monopole ont produit quelques excès dans la concurrence. Mais ces abus amoindris chaque jour, et aujourd'hui circonscrits

Digitized by Google

et limités, n'ont plus les proportions d'un danger public à mettre en balance avec les conditions de crédit qui font de la liberté une nécessité sociale et politique constatée par le pouvoir lui-même..... C'est pour nous une vérité démontrée que l'abaissement du taux de l'intérêt ne peut résulter d'aucune limitation légale, mais seulement de l'abondance du capital de l'épargne, capital qui s'accroît avec la prospérité publique, et qui s'amoindrit lorsque celle-ci diminue. Hors de ces principes, nous ne voyons que déception, et nous croyons dans le faux ceux qui laissent égarer leur philanthropie à la recherche de restrictions et de pénalités qui aggraveraient les plaies sociales au lieu de les cicatriser. »

Nous pensons avoir fait suffisamment l'éloge de cet écrit en l'analysant avec soin. Il est digne d'une curieuse attention de la part de tous ceux qui s'occupent de questions financières et d'économie politique. COFFINIÈRES.

Digitized by Google

EXAMEN DOCTRINAL

Des arrêts rendus en matière d'enregistrement.

Par M. G. Demante, professeur à la Faculté de droit de Toulouse.

SOMMAIRE.

1. Droit de mutation par décès; Privilége de l'Administration *sur les revenus* des biens à déclarer.
2. Payement avec subrogation; Obligation et quittance; Exigibilité d'un seul droit.
3. Reprises de la femme mariée sous le régime de la communauté; — Renonciation; — Acceptation; — Reprises du mari.
4. Legs de somme n'existant pas en nature dans la succession; Déduction des valeurs.
5. Acquisition en commun; Accroissement aux survivants de la part des prémourants; Société; Tontine.
6. Donation de somme payable au décès du donateur; Quasi-usufruit.

La Cour de cassation a rendu, depuis deux ans, plusieurs arrêts notables en matière d'enregistrement. Quoique rien ne soit à dédaigner dans cette partie, encore trop négligée, de la jurisprudence, nous choisirons, pour abréger, les questions qui nous paraissent offrir le plus d'intérêt à la généralité des jurisconsultes, soit à raison des principes qu'elles soulèvent, soit à cause de leur application quotidienne. La diversité des matières ne nous permettant pas un classement méthodique, nous nous attacherons à l'ordre chronologique des arrêts, toutes les fois que la liaison des idées n'y sera pas contraire.

1. Cassat., 23 juin 1857. — *Droit de mutation par décès; Privilége de l'administration sur les revenus des biens à déclarer.* — Quatre arrêts du même jour ont tranché la longue controverse, relative au privilége réclamé par l'administration, pour le recouvrement du droit de mutation par décès[1]. Il est désormais constant que le privilége de l'administration se borne aux revenus des biens à déclarer, ce qui doit s'entendre des revenus courus postérieurement au décès. On assure que le gouver-

[1] J'ai moi-même pris part à cette controverse dans la *Revue* (tome I de 1855). J'ai dit ailleurs (*Principes de l'enregistrement*, nos 668 et suiv.) ce que la réflexion et la critique m'ont amené à modifier dans la doctrine que j'avais d'abord enseignée. — Voyez encore dans la *Revue* (tome II de 1856) une dissertation de M. Serrigny.

Digitized by Google

nement prépare en ce moment un projet de loi pour établir le privilége sur les capitaux, vainement réclamé pour le Trésor dans l'état actuel de la législation. Il est donc inutile d'insister quant à présent sur plusieurs questions secondaires, auxquelles peut donner lieu la jurisprudence actuelle de la Cour de cassation. Espérons que le législateur saisira cette occasion de régler plusieurs points délicats, qui se rattachent plus ou moins directement à la théorie du privilége du Trésor, en matière de mutation par décès. Telles sont notamment les questions qui concernent : — les successions bénéficiaires, — les successions vacantes, — la séparation des patrimoines, — la faillite. Ne serait-ce même pas le cas de réformer le principe si rigoureux du droit fiscal, qui ordonne de liquider l'impôt sur la valeur brute de la succession, « *sans distraction des charges?* » La Belgique nous a donné sur ce point un exemple qui mérite d'être étudié[1]. On peut juger par l'expérience de ce pays voisin s'il est vrai que ce principe exorbitant soit la seule sauvegarde contre l'esprit de fraude, ou si, tout au contraire, il n'y aurait pas moyen de rendre le système de la loi plus équitable, sans rien ôter à l'efficacité de la perception de l'impôt.

2. Cassat., 19 janvier 1858 (Répertoire-Garnier, n° 962). — — *Payement avec subrogation; Obligation et quittance; Exigibilité d'un seul droit.* — La jurisprudence n'est pas seulement une science de raisonnement dialectique; elle doit tenir grand compte des traditions, du *receptum jus.* On peut transporter au droit civil cette belle pensée de Bossuet, relative au droit politique, que citait récemment un de nos collaborateurs[2] : « Il y » a des lois fondamentales qu'on ne peut changer. Il est même » très-dangereux de changer, sans nécessité, celles qui ne le » sont pas. » Les esprits ardents s'accommodent mal de tant de mesure. Si une théorie consacrée leur paraît mauvaise, ils la changent, sans souci de l'autorité des anciens. Mais ces innovations entraînent souvent des conséquences imprévues, que peut-être leurs auteurs seraient les premiers à désavouer. Ces conséquences se développent fréquemment en matière fiscale, et l'on ne sait pas assez dans le monde judiciaire à

[1] Voir les lois citées par M. Le Gentil, *Dissertations juridiques*, t. II, p. 315, et par M. Garnier, *Répertoire général d'enregistrement*, n° 13240.

[2] M. Laferrière, dans cette *Revue*, t. I de 1858, p. 473.

Digitized by Google

quel point les élucubrations théoriques réagissent sur la pratique administrative de l'enregistrement. C'est là ce qui est arrivé dans la matière du *payement avec subrogation*. A mon avis, si l'on tient compte de la filiation historique des idées, la subrogation est, en réalité, une cession de créance, mais une cession dépouillée de tout caractère de trafic, une cession de la créance *au pair*. Cette absence de spéculation fait que, vis-à-vis du créancier primitif, l'opération produit tout l'effet d'un payement, tandis que, vis-à-vis du créancier nouveau, c'est une vraie cession. Il suit de là que l'opération ne doit pas être décomposée en un emprunt et une quittance, donnant lieu à deux droits particuliers, mais que l'emprunt et la quittance sont les deux parties d'un même tout, comme sont dans la vente l'obligation de livrer la chose et le payement du prix; qu'ainsi un seul droit, le droit d'obligation (1 pour 100), est exigible, à raison du transport de la créance sur la tête du subrogé. Ce résultat était admis depuis longtemps dans la pratique pour tous les cas de subrogation conventionnelle [1], soit que la subrogation ait eu lieu par la volonté du créancier, soit qu'elle s'opère par la volonté du débiteur (V. art. 1250 C. Nap.). Mais on se rappelle que notre regrettable confrère et ami, Marcadé, avait fortement attaqué la théorie généralement admise sur la subrogation. Reprenant avec la verve qui lui est propre la théorie contraire, il avait soutenu que le *payement avec subrogation* n'a rien de commun avec le transport-cession, que c'est un vrai payement, opérant extinction absolue de la créance ancienne, et qu'ensuite il vient à naître une seconde créance sur laquelle la loi, par une faveur spéciale, permet de transporter les accessoires de la première [2]. L'argumentation est particulièrement saisissante dans le cas où la subrogation a lieu par la volonté du débiteur, car il implique, à ce qu'il semble, qu'une cession s'opère sans la participation active du créancier cédant, et parfois même malgré lui! Aussi ce fut dans ce cas que l'administration de l'enregistrement souleva le débat, en se prévalant de l'autorité de Marcadé. Dans l'espèce, disent les défenseurs de la perception cumulative, l'emprunt et la

[1] Pour ce qui est de la subrogation légale, il va sans difficulté qu'un seul droit est exigible, et que ce droit est celui de libération (0,50 pour 100). Voir nos *Principes de l'enregistrement*, n° 545.

[2] Voir Marcadé, sur l'article 1236 du Code Napoléon.

Digitized by Google

quittance sont deux opérations indépendantes l'une de l'autre, donnant lieu conséquemment chacune à un droit particulier. Peu importe que l'emprunt ait été fait en vue de la quittance; si je vends un domaine pour faire l'acquisition d'un autre, deux droits de transmission ne seront-ils pas encourus? Il doit en être de même au cas proposé[1].—Si l'administration eût obtenu gain de cause sur ce premier point, elle aurait peut-être étendu la même doctrine au cas où la subrogation conventionnelle s'opère par la volonté du créancier. A force de distinguer la subrogation du transport, la théorie de Marcadé peut mener jusque-là. Mais cette prétention n'a pu être soulevée. La Cour de cassation a décidé que dans tous les cas de subrogation conventionnelle un seul droit, le droit d'obligation (1 pour 100), est exigible. Que la subrogation ait lieu par la volonté du créancier ou par la volonté du débiteur, « dans l'un et l'autre » cas, disent deux arrêts du 19 janvier 1858, le créancier, ou » la loi pour lui, est censé faire la cession de la créance à » celui dont les fonds servent à le désintéresser. — Cette » créance est transmise à ce dernier avec les hypothèques et » autres garanties qui y sont attachées; *le débiteur n'est pas » libéré, il ne fait que changer de créancier.* — On rentre ainsi » dans les termes de l'article 10 de la loi du 22 frimaire an VII, » d'après lequel, en cas de transmission de biens, la quittance » donnée par le même acte, pour tout ou partie du prix entre » les contractants, n'est pas sujette à un droit particulier d'en- » registrement. » On voit qu'ici, comme en tant d'autres matières, le règlement de la perception de l'impôt dépend entièrement d'une théorie purement civile, comme la conséquence d'un syllogisme ressort de ses prémisses. Admettant les prémisses civiles posées par la Cour de cassation, je ne puis qu'applaudir à la conséquence qui en est déduite par elle sur le terrain du droit fiscal.

3. Chambres réunies, 16 janvier 1858; Cassat., 3 et 24 aout 1853 (Répertoire-Garnier, nos 953, 1065, 1086). — *Reprises de la femme.* — Cette tutelle du droit civil sur le droit fiscal a été surtout manifeste dans la fameuse controverse relative aux reprises de la femme, mariée sous le régime de la communauté[2].

[1] Voir le *Journal de l'enregistrement*, art. 16869, n° 17.

[2] Voir à ce propos les observations de M. Pont, *Revue*, t. I de 1855, p. 399.

Digitized by Google

Il était reçu depuis longtemps que, dans l'exercice de ses reprises, la femme, sauf l'effet de son hypothèque légale, ne pouvait prétendre aucune préférence sur les créanciers de la communauté ou du mari. Cela était admis généralement quand la femme avait accepté la communauté, et *à fortiori* quand elle l'avait répudiée. La Cour de cassation, pour les deux hypothèses, consacra la doctrine contraire par une série d'arrêts nombreux, dont le premier est en date du 15 février 1853. Ne pouvant attribuer à la femme un droit de préférence à titre de créance privilégiée, la Cour posa en thèse que « la femme qui » renonce à la communauté peut, comme la femme qui l'accepte, » exercer ses reprises *à titre de propriétaire* et non de créan- » cière. » (Arrêt du 11 avril 1854.) Le revirement de la jurisprudence, en matière civile, réagit immédiatement sur la perception établie pour le cas de renonciation. Avant 1853, la Cour décidait que la femme renonçante, en exerçant ses reprises sur les conquêts de la ci-devant communauté, recevait une dation en payement passible du droit proportionnel. C'était conforme aux précédents historiques[1] et aux principes du droit civil, tels que la Cour les concevait alors. Mais du jour où la femme était déclarée propriétaire à l'encontre des créanciers du mari, elle devait l'être aussi bien à l'encontre de l'administration de l'enregistrement. La conséquence était forcée, car, à moins d'un texte formel de la loi fiscale, on ne peut admettre que les opérations des parties soient autres sous le rapport du droit civil, autres pour la perception de l'impôt. Aussi la Cour ne recula pas devant cette conséquence. On lit dans les motifs d'un arrêt de *cassation* du 10 juillet 1855, « que la femme qui renonce à » la communauté, comme celle qui l'accepte, exerce ses reprises » sur les biens meubles et immeubles, provenant de cette com- » munauté, à titre, non pas de créancière, mais de propriétaire, » *et qu'ainsi il n'est pas dû de droit proportionnel de mutation* » *sur les biens ainsi repris par elle.* » Cette proposition, comme on voit, s'appuyait exclusivement sur la théorie civile qui venait de prévaloir. Cette théorie elle-même ayant été renversée, en matière civile, par l'arrêt vraiment solennel du 16 janvier 1858, il n'était pas douteux que la Cour, en matière fiscale, ne revînt à ses premiers errements, en déclarant le droit propor-

[1] Voir Bosquet, *Dictionnaire des domaines*, v° *Remploi*, n° 4.

Digitized by Google

tionnel exigible sur les reprises de la femme renonçante. Dès le mois de juin dernier, je n'avais pas hésité à émettre cette conjecture[1]. Deux arrêts de *cassation*, l'un du 3, l'autre du 24 août 1858, n'ont pas tardé à confirmer cette prévision.

Un instant même on a pu craindre une réaction extrême. L'arrêt des chambres réunies est intervenu dans une espèce où la communauté avait été répudiée par la femme. Cependant le rédacteur de l'arrêt a embrassé la question dans son ensemble, et relativement, soit aux reprises du mari, soit à celles de la femme acceptante, il est dit dans les *motifs* « que c'est à titre » de créancier que chaque époux prélève soit le prix de ses » propres aliénés, soit les indemnités qui lui sont dues par la » communauté, conformément aux nos 2 et 3 de l'article 1470 » du Code Napoléon ; — qu'en effet, l'action n'a alors pour » cause qu'une diminution du patrimoine de l'un des époux et » un profit corrélatif fait par la communauté ; — que cette » cause ne produit pas un droit de propriété sur des objets » déterminés, et qu'il n'en résulte qu'une créance et une action » mobilière. » Il suivrait de cette théorie, en droit fiscal[2], qu'un droit proportionnel serait exigible toutes les fois qu'à raison de ses reprises ou indemnités, l'un des époux se ferait attribuer dans la communauté une part supérieure à celle de son conjoint. Cette prétention a été très-anciennement soulevée ; mais une décision du ministre des finances, du 18 juillet 1817, l'ayant condamnée, la question n'a pas eu occasion de se produire depuis lors devant les tribunaux. Cette décision me paraît conforme aux vrais principes de la matière; l'époux qui se trouve rempli de ses reprises et indemnités en effets provenant de la communauté, n'acquiert pas ces effets à titre nouveau; il en était déjà copropriétaire ; l'attribution qui lui en est faite n'est donc pas une dation en payement, mais bien une opération de partage ; d'autre part, la théorie des soultes est manifestement étrangère à l'hypothèse, d'où il suit qu'aucun droit proportionnel ne doit être encouru, dans l'espèce, ni à titre de dation en payement, ni à titre de soulte. L'administration a compris ces considérations, et elle s'est montrée conséquente à elle-même lorsque, en transmettant aux préposés les arrêts

[1] Voir *Principes de l'enregistrement*, n° 651.

[2] Au point de vue du droit civil, voir les observations de MM. Pont et Mimerel, *Revue*, t. I de 1858, p. 4 et 106.

Digitized by Google

précités des 3 et 24 août 1858, relatifs au cas de répudiation de la communauté, elle a déclaré que, pour les reprises du mari et pour celles de la femme acceptante, la décision de 1817 devait continuer d'être suivie (V. l'Instruction générale 2137, § 12).

4. Cassat., 30 mars 1858 (Répertoire-Garnier, n° 997). — *Legs de somme n'existant pas en nature dans la succession; Déduction des valeurs.* — Voilà cinquante ans que l'on discute sur la portée d'un Avis du Conseil d'État du 10 septembre 1808, relatif à la perception des droits de mutation par décès, au cas où les sommes léguées n'existent pas en nature dans la succession. Cette controverse n'est pas propre à nous édifier grandement sur la bonté du procédé d'interprétation législative ou quasi-législative des lois. S'il est vrai que les lois antérieures présentaient de l'obscurité sur la question, l'Avis du Conseil d'État, considéré lui-même comme ayant force de loi, est venu, par une rédaction ambiguë, compliquer le travail de l'interprète. Mieux vaut, malgré ses imperfections, le système inauguré par la loi de 1837. En donnant à la Cour de cassation la solution définitive de la question de droit, *dans l'espèce du procès*, ce système attribue indirectement aux arrêts des chambres réunies une autorité presque égale à celle qu'obtenaient jadis les arrêts de règlement; mais cette autorité est toute morale; la discussion demeure ouverte; l'opinion publique conserve sa liberté d'allure. Ainsi il n'est pas à craindre qu'une controverse nouvelle vienne à surgir sur l'interprétation de la loi interprétative.....

Nam quis custodiet ipsos
Custodes?

Revenons au document qui nous inspire ces réflexions, et pour en comprendre le véritable sens, voyons dans quelles circonstances il est intervenu.

Quand la chose léguée existe en nature dans la succession, la propriété en est directement transmise du défunt au légataire. Il va sans difficulté que l'héritier ou le légataire universel n'est pas tenu d'acquitter l'impôt sur cet objet. Mais lorsque la chose léguée n'existe pas en nature dans la succession, le legs consiste en une charge imposée à l'héritier[1]; cette charge ne

[1] Dans la suite de la discussion, je comprendrai sous le nom générique d'héritier le légataire soit universel, soit à titre universel.

Digitized by Google

fait pas que la propriété de l'entier patrimoine du défunt ne repose sur la tête de l'héritier, et comme la valeur de ce patrimoine, pour la liquidation de l'impôt, est déterminée « *sans* » *distraction des charges*, » il s'ensuit qu'en vertu des principes généraux du droit fiscal, l'héritier, nonobstant les legs particuliers de l'espèce, doit acquitter l'impôt sur la valeur intégrale de la succession. Non contente de ce résultat, l'administration prétendait en outre percevoir cumulativement un droit proportionnel à raison de la transmission opérée au bénéfice du légataire particulier. Cette prétention était abusive, et le Conseil d'État décida, avec raison, « que lorsque les héritiers ou léga- » taires universels sont grevés de legs particuliers de sommes » d'argent non existantes dans la succession, et qu'ils ont ac- » quitté le droit proportionnel sur l'intégralité des biens de » cette même succession, le même droit n'est pas dû pour ces » legs. — Conséquemment les droits déjà payés par les léga- » taires particuliers doivent s'imputer sur ceux dus par les » héritiers ou légataires universels. » Appréciée uniquement dans son dispositif, la décision du Conseil d'État ne sort pas des bornes de l'interprétation judiciaire, et mène au résultat suivant : — 1° Droit proportionnel liquidé sur l'intégralité de la succession, à raison du degré de parenté de l'héritier avec le défunt; — 2° Nul droit proportionnel sur la transmission secondaire qui s'opère de l'héritier au légataire particulier, parce que cette transmission (ainsi que cela est reconnu pour les charges apposées à une donation entre-vifs) est une *disposition dépendante* de la transmission qui s'opère du défunt à l'héritier. — Mais le Conseil d'État, à ce qu'il semble, ne l'entendait pas ainsi. On lit dans les motifs de sa décision « que la délivrance » des legs particuliers, soit qu'ils consistent en effets réellement » existant dans la succession, soit que les légataires universels » ou les héritiers doivent les payer de leurs propres deniers, » *n'opère point de mutation* de ces derniers aux légataires parti- » culiers ; — que dans les deux cas, la loi ne regarde les héri- » tiers ou légataires universels que comme de simples inter- » médiaires entre le testateur, qui est *censé* donner lui-même, » et les légataires particuliers qui reçoivent, » etc. Les rédacteurs modernes des lois oublient trop souvent que, non plus que le sénat romain, ils ne peuvent changer les rapports de droit résultant de la nature des choses ; « *nec enim naturalis*

Digitized by Google

» *ratio auctoritate senatus commutari potuit!* » Quand l'héritier paye de ses propres deniers la somme léguée, qui n'existe pas en nature dans la succession, il est évident que ce payement *opère une mutation* de cet héritier au légataire particulier. L'affirmation contraire du Conseil d'État, répétée dans maintes décisions judiciaires, n'a pas peu contribué à entretenir dans la discussion une confusion fâcheuse. Il y a donc mutation de l'héritier au légataire; mais cette mutation secondaire ne doit pas subir d'impôt, parce que c'est une disposition dépendante de la mutation qui s'opère du défunt à l'héritier. Voilà tout ce que signifie la proposition du Conseil d'État. Ce n'est pas tout: l'Avis du Conseil met sur la même ligne tous les legs particuliers, soit qu'ils existent ou non en nature dans la succession. Dans l'un et l'autre cas, le testateur est *censé* donner lui-même; c'est-à-dire le testateur, qui donne réellement lui-même aux légataires les objets existant en nature dans la succession, est censé donner aussi bien, directement, les legs que l'héritier paye de ses propres deniers. Dans ce dernier cas seulement est la fiction légale. Cela posé, puisque les legs existant en nature sont déduits de la masse des biens pour la liquidation du droit de mutation dû par l'héritier, il est conséquent, lorsque les legs n'existent pas en nature, d'en *déduire la valeur* et d'admettre ainsi l'héritier à faire, dans ce cas, *la distraction des charges.* C'est sans doute enfreindre le texte formel de la loi de frimaire; mais ainsi le veut l'esprit de la décision du Conseil d'État, qui, suivant l'opinion commune, a elle-même force de loi. L'administration admet ce procédé, pour la facilité du calcul, toutes les fois qu'il n'en résulte aucun préjudice pour le Trésor. Mais quand il est plus avantageux d'agir autrement, elle enjoint aux préposés de procéder, non plus par *déduction des valeurs*, mais par *imputation des droits.* Si le légataire universel, par exemple, est tenu, comme personne non parente, du droit de 9 pour 100, il paye ce droit sur l'intégralité du patrimoine, sauf à déduire le droit moins élevé que doit, sur la somme léguée, le légataire, parent du défunt. Voilà ou mène le système *de l'imputation des droits*, suivi jusqu'à ce jour par l'administration. L'arrêt de *cassation* du 30 mars 1858, rendu sous la présidence de M. le premier président Troplong, a consacré, au contraire, le système de la *déduction des valeurs.* Ce dernier système est conforme à la décision du Conseil d'État dont il

Digitized by Google

s'agit, car l'esprit de ce document est d'assimiler complétement aux legs d'objets existant en nature dans la succession, les legs de sommes qui n'y existent pas. J'avais déjà enseigné cette doctrine avant de connaître l'arrêt[1]; aujourd'hui, avec plus d'assurance, je persiste dans mes conclusions.

5. Cassat., 1er et 14 juin 1858 (Répertoire-Garnier, nos 1009 et 1018). — *Acquisition en commun; Accroissement aux survivants de la part des prémourants; Société; Tontine.* — Quand une acquisition est faite en commun par plusieurs, avec clause d'accroissement aux survivants de la part des prédécédés, un droit de mutation est-il encouru à raison de cet accroissement? Quelques auteurs le nient; l'acquisition faite par les survivants, disent-ils, procède du contrat de société et ne doit pas plus que ce contrat lui-même encourir un droit proportionnel. Mais, en pratique, la question ne fait pas de doute : un droit proportionnel est considéré comme exigible. Reste à savoir quel est ce droit. L'administration prétend percevoir un droit de mutation par décès; comme la clause dont il s'agit intervient presque toujours entre personnes non parentes, l'impôt serait donc alors de 9 pour 100. La Cour de cassation a maintes fois décidé, au contraire, « que le droit d'accroissement des parts des » prédécédés au profit des survivants, est une clause aléatoire » qui, établie pour tous, constitue pour chacun d'eux, relative- » ment aux autres, un contrat commutatif, aléatoire et à titre » onéreux. » (Arrêt du 9 avril 1856, *Rép.-Garn.*, n° 706. — Comp. Arrêts des 8 août 1848 (*Devill.*, 48, 1, 665); 9 avril 1852; 10 août 1853; 26 avril 1854; *Rép.-Garn.*, nos 13, 76, 159.) Ainsi, d'après la Cour de cassation, le droit proportionnel, exigible dans l'espèce, est de 5,50 pour 100. Relativement à cette fixation du droit proportionnel, la Cour n'a jamais varié. Mais sur la question même d'exigibilité, un arrêt de *cassation* du 1er juin 1858 semble, au premier abord, contrarier toute la jurisprudence précédente. Il s'agissait, dans l'espèce, d'une société tontinière, dûment autorisée par le gouvernement. La Cour a décidé « qu'une tontine est une association d'une nature » particulière, dans laquelle, du moment que l'association se » forme, et par l'effet seul de la convention, chaque associé » aliène son droit de propriété au profit de la masse et du der-

[1] *Principes de l'enregistrement*, p. 472 et 635.

Digitized by Google

» nier survivant, en se réservant l'éventualité d'un droit de » survie ; — que, dès ce moment, par l'effet des conventions » sociales, *la propriété*, avec les chances d'augmentation qui » résultent du contrat, *réside tout entière dans l'être moral qui » compose l'association tontinière*, » etc., d'où il suit que le décès de chacun des actionnaires n'opère aucune mutation et ne donne ouverture à aucun droit proportionnel. Cet arrêt marque-t-il un revirement dans la jurisprudence de la Cour de cassation ? On ne peut l'admettre, quand on voit, quelques jours plus tard, le 14 juin, la même chambre de la Cour, dans l'espèce d'une acquisition en commun, confirmer de la façon la plus explicite sa jurisprudence antérieure. Faut-il chercher la raison de la différence dans la nature particulière des associations tontinières ? Il est vrai que des auteurs graves refusent à la tontine le caractère d'une société, proprement dite. Il n'y a pas là, disent ces auteurs, la chance de bénéfices à venir, qui est de l'essence du contrat de société ; dans la tontine, le fonds commun n'augmente pas ; il est aujourd'hui ce qu'il était hier ; il sera demain ce qu'il est aujourd'hui... Je suis peu touché de cet argument. Le fonds commun n'augmente pas, mais le nombre des parties prenantes diminue, par suite le bénéfice de chacune augmente d'autant ; c'est là le profit aléatoire qui a engagé chacun des associés à entrer dans l'opération. Au surplus, le langage, expression spontanée du bon sens, proteste contre ce système, car il est impossible pour caractériser la tontine de trouver un autre mot que celui de *société* ou d'*association ;* ainsi l'objection revient à dire que la société tontinière n'est point une société ! Cependant l'arrêt du 1er juin fait allusion à cette doctrine, en disant « qu'une tontine est une » association d'une nature particulière, » etc. Mais la vraie raison de décider contre l'exigibilité du droit proportionnel, c'est que *la propriété*, dans l'espèce, *réside dans l'être moral qui compose l'association*. Ce motif est applicable à toutes les sociétés et corporations, *légalement autorisées*, lesquelles ont incontestablement, d'une manière absolue et complète, le caractère d'un *être moral*, distinct de la personne des associés. Remarquons, à ce propos, que les sociétés et corporations de cette nature, notamment les sociétés anonymes, sont assujetties par la loi du 20 février 1849 à une taxe annuelle *représentative des droits de mutation entre-vifs et par décès*. Toutes les

Digitized by Google

fois que cette taxe est acquittée, on ne doit pas hésiter à refuser la perception du droit proportionnel, lors du décès de chaque associé. Est-ce à dire que réciproquement, le droit proportionnel soit dû toutes les fois qu'une société n'acquitte pas la taxe? Je ne le pense pas. La doctrine de l'arrêt du 1er juin me paraît applicable toutes les fois que la société, autorisée ou non, constitue vraiment un être moral, distinct de la personne des associés. Ce n'est pas ici le lieu d'approfondir cette théorie délicate de l'*être moral* sur laquelle il règne encore tant de malentendus [1]. Mais enfin tout le monde m'accordera, je pense, que l'*être moral* n'existe pas, quand plusieurs personnes font une acquisition en commun, sans avoir en vue d'autre objet que celui de devenir copropriétaires du fonds, et cela suffit pour venger la Cour de cassation du reproche de contradiction entre ses deux arrêts du mois de juin 1858, intervenus à quatorze jours de date.

6. Req., 6 mai 1857; Cassat., 6 décembre 1858 (Rép.-Garn., nos 841 et 1126). — *Donation de somme payable au décès du donateur; Quasi-usufruit.* — La donation d'une somme, payable au décès du donateur, peut constituer cependant une donation entre-vifs, en ce sens qu'elle investit immédiatement le donataire d'un droit actuel et irrévocable. Ce droit, à ce qu'il semble, n'est rien autre chose qu'une créance; voilà où l'on arrive par l'analyse purement rationnelle de l'opération. Si l'on s'en tient là, la donation échappe à l'impôt proportionnel; car d'une part, en fait d'obligation, la loi ne tarife que les obligations contractées *sans libéralité*, et d'autre part, en fait de donation, la loi impose seulement les transmissions de *propriété ou d'usufruit*. La jurisprudence ne s'est pas arrêtée à cette objection, et avec raison. En effet, en remontant aux origines de notre législation civile, on aperçoit que la donation d'une somme, payable à terme, était considérée anciennement comme une donation actuelle, en propriété, des écus qui composent la somme; la propriété se trouvait transférée au donataire par une tradition feinte, grâce aux clauses de *constitut* et de *précaire*. Le tarif de la loi fiscale a été combiné en vue de cet ancien état du droit civil, dont le Code Napoléon porte encore

[1] Voir dans cette *Revue*, années 1854 et 1855, deux dissertations de M. Thiry qui sont de nature à dissiper plus d'un de ces malentendus.

Digitized by Google

la trace en plusieurs passages (V. art. 894, 938, 949). La Cour de cassation était donc bien inspirée lorsque, dans ses arrêts du 8 juillet 1822 et du 15 mars 1825 (Dalloz, *Nouv. Répert.*, v *Enregistrement*, n° 3796), elle déclarait le droit proportionnel exigible sur la donation dont il s'agit, en se fondant expressément sur ce qu'une telle donation « *forme une transmission actuelle de la propriété,* » ou encore sur ce qu'elle « *constitue une transmission actuelle, effective, irrévocable de la somme donnée.* » S'il en est ainsi, ladite somme ne se trouve plus dans les biens du donateur à son décès ; il faut donc la déduire de son patrimoine, sans violer en cela le principe du droit fiscal : la valeur des biens imposés s'apprécie *sans distraction des charges.* Le donataire n'invoque pas contre l'héritier du donateur l'exécution d'une charge ; il prend la somme donnée, comme étant déjà sienne. La conséquence a été admise par la Cour de cassation (V. arrêts du 18 février et du 1er avril 1829 ; Dalloz, *ibid.*, 3805). Mais l'administration, par une lutte persévérante, est arrivée à regagner pied à pied le terrain qu'elle avait perdu sur ce point. Voici quelles ont été les phases diverses de ce revirement : Les arrêts qui avaient admis la distraction de la somme donnée avaient statué sur des donations faites à des héritiers présomptifs, qui ensuite étaient effectivement venus à la succession des donateurs. Dans l'une des espèces (18 février 1829), la donation était faite à un fils ; dans l'autre (1er avril 1829), à des neveux. Bien que cette circonstance ne fût nullement relevée dans les motifs des arrêts, l'administration la considéra comme déterminante, et elle fit prévaloir la non-distraction, dans un cas où les donataires n'étaient ni héritiers ni légataires du donateur décédé (arrêt du 2 avril 1839, Dalloz, 3806). Puis le principe de la non-distraction gagnant chaque jour du terrain, il se trouva que les héritiers en ligne directe furent seuls admis, soit à *déduire les sommes* données du patrimoine héréditaire, soit à *imputer* sur le montant des droits de mutation par décès *les droits* payés sur la donation entre-vifs. La faveur de la ligne directe l'emporta ainsi, pendant plusieurs années, sur les conséquences extrêmes des principes qui commençaient à prévaloir. Ce tempérament, outre sa grande équité, pouvait se défendre par la considération suivante : Les héritiers présomptifs, en ligne directe, sont les seuls qui, à proprement parler, reçoivent des donations à titre d'*avan-*

Digitized by Google

cement d'hoirie, puisqu'ils sont les seuls auxquels la qualité d'héritier soit assurée par la loi contre la dernière volonté de leur auteur. Lors donc qu'un droit proportionnel a été acquitté sur une donation *en avancement d'hoirie*, il est particulièrement rigoureux de considérer qu'au décès du donateur la somme donnée se trouve encore dans son patrimoine, et de faire payer un second droit de mutation sur cette même valeur.

Cette considération n'est pas étrangère aux documents administratifs qui ont statué sur la question, mais on n'en trouve aucune trace dans la rédaction des arrêts. Aussi, lorsque enfin le débat a été soulevé judiciairement, la généralité des motifs des arrêts précédents (20 novembre 1849, 31 janvier 1854, 19 juin 1855, etc.) a entraîné la Cour de cassation à faire à la ligne directe l'application du principe de la *non-distraction des charges*.

Cette dernière évolution a été accomplie par l'arrêt du 6 mai 1857. C'est maintenant aux parents qu'il appartient d'aviser. Une rédaction attentive des contrats de mariage permet, avec toute loyauté, d'éviter ou d'atténuer la lourde charge que cette nouvelle jurisprudence fait peser sur les familles[1]. On peut même trouver un appui à cet égard dans le récent arrêt du 6 décembre 1858. D'après cet arrêt, quand une somme est donnée sous réserve d'usufruit, et que le donataire est investi expressément de la *nue propriété* de ladite somme, la délivrance faite au donataire, lors de l'extinction de l'usufruit, est la remise d'une chose qui lui est propre, « et ne saurait » constituer l'acquit d'une charge de succession dans le sens » de la loi fiscale. » Ainsi la somme donnée doit être déduite du patrimoine du donateur, pour la liquidation des droits de mutation, ouverts par le décès de celui-ci. Il faut remarquer cependant que relativement aux choses fongibles, comme est une somme d'argent, l'usufruit et la nue propriété n'existent que par fiction; qu'en définitive le droit du *quasi*-propriétaire de la somme se réduit à une pure créance. Cependant l'arrêt du 6 décembre entre bien dans l'esprit de la loi, en faisant à la matière du *quasi-usufruit* l'application des principes relatifs à la réunion de l'usufruit à la propriété.

Ces mêmes principes dominent la théorie des donations

[1] Voir la combinaison proposée, *Principes de l'enregistrement*, n° 610.

Digitized by Google

entre-vifs, payables au décès du donateur. Les arrêts de 1829 en avaient fait la juste application; nous regrettons que les arrêts postérieurs aient statué en sens opposé.

G. DEMANTE.

ÉTUDE SUR LES VENTES DE MEUBLES DU MINEUR.

Par M. COIN-DELISLE, avocat à la Cour impériale de Paris.

QUESTION.

Dans quels cas le tuteur doit-il ou peut-il vendre les meubles corporels ou incorporels du mineur ou de l'interdit? — Quand doit-il vendre dans la forme judiciaire? — Avec quelle précaution et en présence de qui doit-il faire ces ventes?

SOMMAIRE.

1. Six opinions diverses sur la question de savoir quand le tuteur peut vendre seul et sans autorisation les biens meubles corporels ou incorporels de l'interdit ou du mineur.

   1° Après la première vente après décès, et à l'exception des rentes sur l'État ou sur particuliers, le tuteur peut vendre librement meubles corporels ou incorporels.

   2° Il ne peut alors vendre librement que les meubles incorporels : les meubles corporels sont toujours soumis à l'article 452 du Code Napoléon.

   3° Parmi ceux qui appliquent l'article 452 aux meubles corporels ou incorporels, les uns veulent qu'après la première vente le tuteur ne soit plus tenu de vendre aux enchères, les autres qu'il ne doit rien vendre autrement.

   4° D'autres veulent l'autorisation du conseil de famille pour toutes les ventes de meubles incorporels.

   5° D'autres en dispensent pour les meubles de peu de valeur.

   6° Enfin la sixième opinion soumet généralement toutes les ventes de meubles corporels ou incorporels faites au cours de la tutelle, à l'article 452 du Code Napoléon et aux formalités du titre V du livre II de la IIe partie du Code de procédure.
2. Les trois premières opinions laissent trop à l'arbitraire du tuteur; la quatrième rend son administration presque impossible, et l'histoire des différents projets du Code civil prouve qu'elle doit être rejetée.
3. La cinquième opinion, sur la distinction des meubles précieux ou de vil prix, a son fondement dans la nature des choses; mais elle est trop vague pour avoir passé dans le texte de la loi. Nous la croyons cependant dans son esprit, et laissée à l'interprétation judiciaire.
4. Texte et division de l'article 452 du Code Napoléon.

Digitized by Google

5. Dans l'article 452, le mot *meubles* comprend les meubles par détermination de la loi comme les meubles par leur nature. — Réfutation des arguments tirés de ce que le mot *meubles* est employé *seul* dans l'article 452, et de son éloignement de l'article 457.
6. Réponse à l'argument tiré de ce que le titre *de la Distinction des Biens* n'était ni voté ni discuté lors de l'adoption du titre *de la Minorité*. Examen.
7. Réponse à l'argument tiré de ce que l'article 452 parle des meubles *à conserver en nature*.
8. Réponse aux arguments tirés de l'esprit et du but de la loi.
9. Notre doctrine n'a pas les dangers qu'on lui suppose.
10. De la vente après décès. Quels délais ont été successivement proposés par l'ordonnance d'Orléans, par les arrêtés de Lamoignon, par les divers projets et par le Code.
11. Cette vente ne se borne pas aux effets qui dépérissent ou d'une conservation dispendieuse.
12. Si le mois est insuffisant à prendre parti sur l'acceptation, la vente doit être retardée.
13. Quand il y a acceptation, le tuteur doit hâter la vente, à moins que l'intérêt du mineur ne commande d'en retarder une partie.
14. La question est une question d'équité et d'appréciation des faits.
15. Transition aux formes de la vente.
16. Elle doit être faite en présence du subrogé tuteur.
17. Elle se fait aux enchères, par un officier public, et dans les formes réglées au Code de procédure. — Dissentiment avec les auteurs, notamment avec M. Toullier.
18. Raisons générales pour repousser cette opinion.
19. L'ordonnance du président y est requise.
20. Conclusion. Ensemble des formalités.
21. Les ventes que le tuteur peut avoir à faire au cours de la tutelle se feront dans la même forme, et sans autorisation du conseil de famille.
22. La pratique veut, dans ce cas, un conseil de famille.
23. C'est au subrogé tuteur à convoquer la famille, s'il croit utile de s'opposer au projet de vente formé sans nécessité.
24. Point de formes judiciaires ni d'enchères pour les ventes de fruits, pour les ventes de pure administration, pour celles résultant d'un cas fortuit, même quand il s'agirait de meubles incorporels exposés à être perdus.
25. Grains et autres denrées dont les mercuriales attestent le prix courant.
26. Coupes de bois arriérées pendant la vie du défunt.
27. De la futaie qui dépérit et qu'on est forcé d'abattre.
28. De la vente des matériaux d'un bâtiment à abattre.
29. Du cas où les formes indiquées aux deux numéros précédents n'auraient pas été remplies.
30. Des carrières.
31. Des carrières ouvertes par le défunt pour l'usage de son domaine.
32. Des carrières non ouvertes.
33. De la carrière exploitée commercialement par le défunt.
34. Des carrières exploitées dans le terrain d'autrui.

Digitized by Google

35. Des carrières qui doivent être vendues dans les formes immobilières. Restriction possible pour les carrières exploitées à ciel ouvert.
36. Des carrières considérées comme servitudes sous le terrain d'autrui.
37. De l'exercice de la jouissance paternelle sur les carrières, quand le défunt ne les a ouvertes que pour les besoins de son fonds.
38. De la jouissance légale de la carrière dont le défunt avait l'exploitation commerciale.
39. Transition aux meubles incorporels.
40. Loi du 24 mars 1806, sur les rentes appartenant aux mineurs et interdits.
41. Elle est fondée sur la distinction entre les meubles précieux et les meubles *vilis pretii*.
42. Limitation.
43. Application de la loi dans le cas où il se trouve dans la succession des rentes sur l'État de diverses espèces.
44. Si la loi du 24 mars 1806 est applicable aux autres valeurs négociables à la Bourse.
45. En droit, il faut répondre négativement.
46. La pratique a dérogé au droit. Jusqu'à quel point elle doit être suivie.
47. Des ventes de rentes sur particuliers.
48. Tous autres droits incorporels ne doivent être vendus par le tuteur que dans les formes de l'article 452 combinées avec le titre *de la Vente du mobilier*, au Code de procédure civile.
49. Insuffisance du conseil de famille pour valider une vente de gré à gré.
50. Cependant la nullité n'est que relative au mineur, et dans la mesure de son intérêt.
51. Suite.
52. De la transmission des offices.

Nous avons écrit dans cette *Revue* (V. ci-dessus, p. 97 et p. 193) un *Examen doctrinal* de la jurisprudence des arrêts et des auteurs sur les ventes des meubles corporels ou incorporels, en cas de bénéfice d'inventaire. Notre objet principal était d'y démontrer que la jurisprudence des Cours supérieures était et devait être plus indulgente pour les ventes *sans formalités* de biens meubles que pour les ventes immobilières, et qu'il y avait une foule de cas où les ventes d'objets mobiliers, malgré leur irrégularité, ne devaient pas faire prononcer la déchéance du bénéfice. Ce sujet nous a amenés à étudier plusieurs questions également graves sur l'étendue du mot *meubles* et du mot *mobilier* au Code civil et au Code de procédure civile, sur la nécessité d'une autorisation de justice pour toutes les ventes judiciaires, et nous avons suivi, pour les héritiers bénéficiaires, l'application des principes à diverses espèces pratiques, afin de bien faire saisir jusqu'où peut aller l'indulgence judiciaire ; puis, saisissant cette occasion, nous croyons avoir

Digitized by Google

fait un travail utile, en déterminant bien, selon chaque espèce, quelles ventes de meubles sont judiciaires, quelles sont volontaires pour l'héritier.

Il nous a semblé que ce travail serait incomplet, si nous n'appliquions les mêmes principes, en les suivant dans leurs conséquences, aux ventes à faire *par les tuteurs* pour leurs pupilles. Notre doctrine sur *l'exéquation* des formes de ventes judiciaires pour les meubles corporels et pour les meubles incorporels, et la nécessité, pour tous ceux qui sont tenus de vendre judiciairement, de recourir à l'ordonnance présidentielle, semblent devoir y acquérir un nouveau degré d'évidence; et les similitudes et les différences entre la position du tuteur et celle du majeur héritier bénéficiaire selon les diverses espèces à développer, deviendront dans ce second travail la preuve de ce que nous avons établi dans le premier.

1. Jamais il n'y a eu de question générale plus embarrassée d'opinions diverses que celle de savoir quand le tuteur peut vendre *seul, sans conseil de famille ni présence du subrogé tuteur*, les biens meubles, corporels ou incorporels, du mineur ou de l'interdit.

1° Selon les uns, qui partent rigoureusement de ce principe que le tuteur, représentant la personne du mineur, agit toujours *loco domini*, il n'est soumis à des formalités pour les ventes de meubles que dans les cas déterminés par la loi; et, comme dans leur opinion, l'article 452 du Code Napoléon ne s'étend ni aux meubles incorporels en aucun temps, ni aux meubles corporels que le tuteur jugerait à propos de vendre au cours de la tutelle postérieurement à la vente faite après décès, et qu'en fait de meubles incorporels, il n'y a que les rentes soit sur particuliers, soit sur l'État, pour lesquelles la loi ait tracé des formes spéciales de vente, ils pensent que, dans tous les autres cas et la vente après décès ayant été effectuée, le tuteur peut aliéner *loco domini* tout aussi librement que le propriétaire, même par acte de gré à gré, et sans la présence du subrogé tuteur, sauf sa responsabilité comme tuteur, et sauf encore à rechercher la fraude contre les tiers et à la prouver.

2° Une seconde opinion modifie la première quant aux meubles corporels seulement. Si le tuteur trouve bon de vendre des meubles corporels au cours de la tutelle, il sera forcé de

Digitized by Google

suivre les formes de vente tracées par l'article 452 du Code Napoléon. Ainsi il y aura, dans ce cas, nécessité de vendre aux enchères publiques et en présence du subrogé tuteur; mais s'il s'agit de vente de droits incorporels, créances, même hypothécaires, etc., etc., le tuteur pourra traiter seul, à l'amiable, et hors la présence du subrogé tuteur.

3° Une troisième opinion regarde l'article 452 comme s'appliquant aux meubles incorporels, ainsi qu'aux meubles corporels. Elle amènera deux conséquences opposées, suivant que ses sectateurs regarderont le tuteur comme agissant *loco domini* après la première vente[1], ou comme mandataire chargé, dans tous les cas, de vendre aux enchères; les uns voudront donc que les droits incorporels et les meubles, par leur nature, soient vendus aux enchères, en présence du subrogé tuteur, même après la première vente; les autres voudront, au contraire, que meubles corporels et incorporels puissent être aliénés par le tuteur, librement, sans surveillance et sans conseil de famille.

4° Une quatrième opinion consiste à exiger l'autorisation du conseil de famille pour toutes les ventes de meubles incorporels.

5° Une cinquième revient à la distinction qu'on faisait autrefois entre les meubles de peu de valeur et les meubles précieux, qui, dans le droit romain, ne pouvaient être vendus que par le décret du juge, de sorte que lorsque les meubles incorporels seraient de peu de valeur, le tuteur en pourrait disposer sans contrôle; mais quand ils paraîtraient d'une valeur importante, le tuteur n'en pourrait disposer, même par vente aux enchères, qu'après l'autorisation du conseil de famille et l'homologation du tribunal. On a même été plus loin, et l'on a fait des traités de vente amiable en vertu d'autorisation du conseil de famille, dont l'homologation a été prononcée, ce qui a judiciairement dispensé de mettre aux enchères.

Dans la plupart de ces diverses opinions, on pense que l'article 452 du Code Napoléon se suffit à lui-même, qu'il n'est écrit que pour un cas spécial, pour la première vente. On pense qu'il est inutile de le combiner avec les dispositions *de la Vente du mobilier et du Bénéfice d'inventaire* au Code de procédure.

[1] On dira souvent *première vente* ou *vente après décès*, pour celle qui se fait après la clôture de l'inventaire.

Digitized by Google

6° Enfin, une sixième opinion, qui est aussi la nôtre, est que la vente des meubles corporels et incorporels d'une succession échue à un mineur, est non-seulement gouvernée par l'article 452 du Code Napoléon, mais qu'elle l'est encore par le titre V et par le titre VIII du livre II de la seconde partie du Code de procédure civile; qu'ainsi en thèse générale, et sauf les exceptions établies par un texte, *toute vente de biens meubles* corporels ou incorporels, formant le fonds des biens de mineurs, ne devrait être faite que par officier public, aux enchères, en vertu de l'ordonnance du président et en présence du subrogé tuteur, et qu'il faut une loi spéciale ou des circonstances particulières pour qu'on ajoute à ces formes, celle de l'autorisation du conseil de famille, que le tuteur peut, d'ailleurs, toujours demander dans les autres circonstances qui lui semblent difficiles, quoique non prévues par la loi, mais sans préjudice alors de sa responsabilité personnelle.

2. La première, la seconde et la troisième opinion, en tant qu'elles permettent de vendre des droits incorporels sans surveillance aucune, nous effrayent. Le tuteur qui n'a point d'immeubles suffisants pourra ruiner le mineur, soit qu'il agisse frauduleusement, soit que, dans les meilleures intentions du monde, il dénature les biens mobiliers pour les remplacer par d'autres valeurs offrant moins de solidité. D'ailleurs, nous ne croyons nullement qu'une pareille doctrine ait jamais existé avant le Code civil. Le dernier état du droit romain avait singulièrement restreint, pour le tuteur, le pouvoir de vendre *loco domini*. La loi 2 au Code *de Administr. tut.*, ajoutant aux prohibitions précédentes de vendre les biens ruraux, défendit aux tuteurs de vendre, sans nécessité ni décret du juge, non-seulement les maisons de ville, mais même l'argenterie et tous meubles précieux, et réduisit l'exercice du droit de vendre, aux effets vieillis et usés, aux bestiaux superflus et aux choses qui se détérioreraient en les conservant. L'ordonnance d'Orléans de 1560, *article* 102, ordonnait bien aux tuteurs et curateurs de faire une vente par autorité de justice, sitôt après l'inventaire, des meubles périssables, et d'employer en rentes et héritages, par avis de parents, les deniers en provenant..... Mais de là on ne pouvait pas conclure à la liberté de vendre à l'amiable les autres meubles ni les droits incorporels mobiliers. Comment donc concluerait-on aujourd'hui de l'article 452 du

Digitized by Google

Code civil, que les droits incorporels mobiliers, non compris dans la vente après décès, resteraient à la libre disposition du tuteur, pour les vendre quand bon lui semblerait?

La quatrième opinion est éminemment conservatrice des biens du mineur; elle consiste à exiger l'autorisation du conseil de famille pour toutes les ventes de droits incorporels mobiliers, appartenant au mineur. Mais cette opinion est bien gênante et entraîne dans des frais, souvent pour choses de néant. D'ailleurs elle a le défaut de ne s'appuyer d'aucun texte. On voit bien dans l'article 452 que le tuteur doit s'entendre avec le conseil de famille sur les meubles qu'il veut conserver; mais on ne lit nulle part qu'il doit réunir ce conseil pour ceux qu'il trouvera de bonne administration de vendre par la suite; et cela suffit pour ruiner cette opinion si conservatrice, qui a pourtant été longtemps la nôtre.

Ce qui achève de ruiner l'opinion à laquelle nous avons renoncé, c'est la comparaison des divers projets du Code civil.

Celui qui a été fait en l'an IV, par la commission de classification des lois (3e *projet de Cambacérès*), était conçu dans un système qui faisait du tuteur un administrateur gouverné par un conseil de famille, lequel recevait son compte *tous les ans* et réglait (sauf les dépenses imprévues et utiles) les dépenses de tutelle pour l'année suivante. Après avoir déterminé (art. 221) la forme de la vente des *immeubles*, ce projet voulait que les *meubles* fussent vendus ou conservés selon l'avis du conseil de famille (*art.* 222, *Fenet.*, *t.* I, *p.* 218). Là le mot *meubles* était certainement opposé à *immeubles*, et lorsque le conseil de famille avait résolu la vente, le tuteur devait y faire procéder, deux mois après le dernier acte de l'inventaire.

Le projet suivant (celui présenté au Conseil des Cinq-Cents, au commencement de l'an VIII, par la commission de classification des lois, connu sous le nom de *projet Jacqueminot*) voulait que « dans la décade de l'inventaire, le tuteur, *même* » *père ou mère*, fît vendre les meubles compris en l'inventaire, » réglât la dépense du mineur et celle de l'administration des » biens, défendait d'excéder les revenus du mineur pour les » dépenses de nourriture, entretien, éducation, » et donnait « *au* » *conseil de famille*, suivant les circonstances, le pouvoir d'au- » toriser le tuteur, même le père ou la mère, à disposer du » mobilier du mineur, tant pour son éducation que pour son

Digitized by Google

» établissement. » Ces projets défendaient donc *implicitement* au tuteur, après la vente qui suit l'inventaire, d'en faire aucune autre sans l'autorisation du conseil de famille, puisque le conseil n'avait lui-même le pouvoir de l'autoriser que pour des cas spéciaux.

Les travaux précédents furent remis à la commission spéciale, nommée par le gouvernement en l'an VIII pour la rédaction du Code civil; ils se retrouvent au projet de cette commission au titre *De la Minorité, de la Tutelle et de l'Émancipation*, articles 69 à 72, sans autre modification que celle résultant de la jouissance légale accordée aux père et mère. L'article 71, qui contient cette modification, est, sauf son paragraphe final, semblable à l'article 453 du Code civil. Si ce projet n'avait pas été modifié lui-même, il faudrait encore convenir qu'aucun meuble n'aurait pu être vendu, après la première vente, que de l'autorisation du conseil de famille, pour la raison que nous venons de déduire à l'occasion du projet *Jacqueminot*.

Mais est venu ensuite le projet de la section de législation du Conseil d'État. La section a proposé, et ont été adoptés sans discussion, les articles 452, 453, 454 et 455; or, ce qu'il faut remarquer ici, c'est que dans le projet primitif de la section, présenté à la séance du 26 frimaire an X, ne se trouvaient pas, même en germe, les articles 454 et 455. Ceux-ci n'ont été insérés que dans la rédaction à communiquer au Tribunat. Mais en empruntant les articles 452 et 453 au projet Jacqueminot ou au projet de l'an VIII, la section leur a fait éprouver des changements importants. Le premier a été de ne soumettre ni la tutelle du père ni celle de la mère, à la condition de règlement, par le conseil de famille, de la dépense du mineur et des dépenses d'administration; le second, à l'égard du tuteur étranger, a été de ne permettre ce règlement que par aperçu, ce qui fait rentrer modérément le tuteur dans le droit d'apprécier lui-même les dépenses à faire; le troisième changement a été de rayer ce paragraphe injuste, que le tuteur ne pouvait excéder la puissance des revenus pour les frais de nourriture, entretien et éducation du mineur, ce qui inspire la pensée qu'en aliénant quelque meuble pour les besoins impérieux de subsistance et d'éducation, le tuteur, pauvre quelquefois comme le mineur lui-même, n'a pas, en ce cas, besoin de consulter le conseil de famille; le quatrième changement enfin a été la suppression

Digitized by Google

de l'article qui confère au conseil de famille le pouvoir d'autoriser le tuteur à disposer du mobilier du mineur pour son éducation ou pour son établissement; de sorte qu'aujourd'hui il résulte de ces modifications qu'il est permis quelquefois au tuteur, surtout au tuteur légal, et s'il en est besoin, de vendre tout ou partie du mobilier, pour l'éducation et l'établissement du mineur, sans avis de parents. Donc, bien que l'article 452 ordonne au tuteur de se concerter avec le conseil de famille, sur les meubles qu'il aura à conserver en nature, c'est pousser le raisonnement trop loin que d'en conclure qu'après la première vente le tuteur est toujours tenu de consulter le conseil de famille sur les meubles qu'il croit devoir vendre dans la suite.

3. La cinquième opinion sur la distinction entre les meubles de peu de valeur et les meubles précieux, a quelque chose d'attrayant et de plausible. Pour un objet d'une faible valeur et dans un moment de besoin, il faut éviter les frais et les lenteurs; la loi du 24 mars 1806 et le décret de 1813 en fournissent des exemples : quand le mineur n'a qu'une rente d'un revenu de 50 francs ou qu'une action de la Banque, le tuteur a le droit d'en faire le transfert; mais cette limite doit-elle être consultée quand il s'agit d'autres biens corporels ou incorporels? On examinera plus tard cette question et celles qui en dépendent, et l'on reconnaîtra l'impossibilité d'établir une règle générale, là où la loi a sans doute voulu que les juges se décidassent par la différence des espèces, par l'équité et la bonne foi des parties.

4. J'ai dit ci-dessus que dans la plupart de ces opinions diverses, on regardait l'article 452 du Code Napoléon, comme devant se suffire à lui-même et qu'on refusait de le combiner avec le Code de procédure civile. Je crois devoir examiner ici, l'article 452 en lui-même, car il a été quelque temps seul en vigueur avant la publication du Code de procédure de 1807. Ce n'est qu'ensuite que je viendrai au Code de procédure civile.

Voici donc les termes et la division en trois parties de cet article 452. — *Délai dans lequel le tuteur fera procéder à la vente après décès :* « Dans le mois qui suivra la clôture de l'inventaire. » — *Description des formes de la vente :* « Le tuteur » fera vendre, en présence du subrogé-tuteur, aux enchères » reçues par un officier public, et après des affiches ou publi- » cations dont le procès-verbal fera mention. » — *Objets qui*

Digitized by Google

doivent être vendus : « Tous les meubles autres que ceux que » le conseil de famille l'aurait autorisé à conserver en nature.»

5. La plus grande difficulté dans l'interprétation de cet article est de savoir s'il parle de *tous les meubles* par leur nature et par la détermination de la loi, ou seulement des meubles par leur nature. A nos yeux la loi se sert ici du mot *meubles* dans l'acception des articles 516 et 535 du Code Napoléon, pour *tout ce qui n'est pas immeuble,* en d'autres termes pour tout ce qui est censé meuble d'après les règles établies au titre *De la Distinction des biens.*

Le mot *meubles* ne peut pas ici se borner aux *meubles meublants* définis dans l'article 534. L'interprétation serait trop restreinte.

Le mot *meubles* ne peut pas s'interpréter non plus dans le sens de l'article 533, sous prétexte que le mot est employé seul dans la disposition de l'article 452 : nous l'avons démontré en parlant des ventes par l'héritier bénéficiaire (p. 123, n° 45).

Si l'on ne peut dans l'article 452, appliquer aux mots « *tous les meubles* » ni la définition de l'article 533 ni celle de l'article 534, la loi n'offre donc plus à y appliquer que la seule définition de l'article 535 et dès lors il semble conforme aux textes d'entendre l'article 452 « de tout ce qui est censé meuble cor» porel ou incorporel, d'après les règles établies par le titre *de* » *la Distinction des biens.* » Sauf au tuteur à faire approuver par le conseil, la conservation qu'il entend faire de certains effets corporels ou incorporels dont la vente serait plus onéreuse que profitable au mineur, et à qui elle serait quelquefois nuisible.

Nous avons déjà démontré au même lieu (n°s 46 *et suiv.*) que dans l'article 796 du Code Napoléon, les mots *objets* ou *effets* et dans l'article 986 du Code de procédure, les mots *effets mobiliers* s'entendaient également des meubles corporels et des meubles incorporels.

Que, dans l'article 805 du Code Napoléon, le mot *meubles* comprenait même les meubles incorporels.

Que, dans l'article 989 du Code de procédure, le mot *mobilier* comprenait aussi les meubles incorporels, n°s 43 et suivants, p. 121.

Nous avons expliqué comment le mot *meubles* avait dans les articles 805 et 826 du Code Napoléon toute l'étendue légale fixée par l'article 535, quoique dans l'usage et quand il ne se

Digitized by Google

trouve pas de dettes actuellement exigibles, ou ne vende souvent que des meubles corporels.

Il y a les mêmes raisons pour donner au mot *meubles* dans l'article 452 le sens étendu de l'article 535 comme il l'a dans les articles 805 et 826, et de l'entendre de *tout ce qui n'est pas immeuble.*

On soutient que non : 1° parce que le mot *meubles* est employé *seul* dans l'article 452, et que, bien qu'il y ait à vendre dans une succession plus de meubles corporels que le mot *meuble* n'en comprend dans l'article 533, cependant rien n'empêche qu'on ne l'étende aux meubles corporels sans distinction, ni qu'on ne repousse de sa compréhension tout le mobilier incorporel.

Nous répondons qu'entendu ainsi, l'article serait insuffisant, puisqu'il y a des meubles incorporels qui doivent nécessairement être vendus dans un temps voisin de l'ouverture de la succession, tels qu'un fonds de commerce, un brevet d'invention, le droit de nouvelle édition d'un ouvrage dont la première ne se trouve plus dans le commerce, etc., etc., etc.

Nous ajoutons (comme nous l'avons démontré à l'égard du bénéfice d'inventaire,) que le mot *meubles* pour être employé seul *dans un article*, n'est pas pour cela employé *seul dans la loi*, quand il s'y trouve placé en opposition avec le mot *immeuble.* Dans un autre article complétant la matière dont traite le législateur (art. 450), la gestion du tuteur comprend les meubles et les immeubles du mineur. Le législateur règle dans les articles 452 et 453 le mode de vente ou de garde quant aux *meubles*, et par l'article 457, il règle la défense d'aliéner les *immeubles* et les exceptions à cette défense. Donc, l'article 452 parle des meubles en général, corporels ou incorporels, par opposition aux immeubles.

Pour démontrer l'*isolement* du mot *meubles* de l'article 452, argumentera-t-on de la distance entre cet article et l'article 457 ?

Qu'importe ? cet article est dans le règlement des pouvoirs du tuteur sur les meubles et sur les immeubles et dans la même section que les articles 457 à 459 ; donc, les deux règles sont placées par opposition l'une à l'autre ; donc, *meubles* y signifie tout ce qui n'est pas immeuble.

Cette distance entre les articles opposés est souvent plus

Digitized by Google

longue ; comme quand un titre porte : *Vente du mobilier*, et le titre suivant, *Vente des biens immeubles*.

Dans le projet de la section de législation à la séance du 26 frimaire an X (V. Fenet, t. X, p. 559 et 560), l'article 452 (alors 54) sur la vente des meubles ; l'article 453 (alors 55) sur le droit de garde des père et mère, ayant la jouissance légale, précédaient immédiatement l'article 56 (aujourd'hui 457) sur les seuls cas d'aliénabilité des immeubles. L'opposition entre les deux dispositions était dès lors évidente pour tous les yeux. L'intercalation des articles 454, 455 et 456 qui statuent aussi sur les meubles n'a pu rien changer au sens primitif.

L'opposition était bien plus évidente encore dans le troisième projet de l'an IV (Fenet, t. 1, p. 218) ; nous l'avons signalé ci-dessus.

Disons donc que par son texte, l'article 452 comprend toute espèce de *meubles ;* donc, ce n'est pas de la place qu'occupe ce mot que peuvent venir les limitations à l'étendue des ventes mobilières après le décès.

6. On insistera, et l'on dira, 2° que du texte de l'article 452, on ne peut pas tirer cette étendue de signification, parce qu'à l'époque où a été voté le titre de *la Minorité, de la Tutelle et de l'Émancipation*, celui de *la Distinction des Biens* n'était pas encore voté.

Raison éminemment mauvaise, et quoiqu'elle soit en usage dans les discussions du Palais, injurieuse aux auteurs du Code civil. Les auteurs du Code ont toujours eu des vues d'ensemble, et par conséquent connaissaient et le vocabulaire d'usage, et le vocabulaire *qu'ils s'étaient faits* sur le mot *meubles* dans le projet de la commission de l'an VIII. Le projet de l'an IV, article 317, « réputait *meubles* l'usufruit des choses mobilières ; » les obligations et les actions qui ont pour objet des sommes » exigibles ou des effets mobiliers et les rentes perpétuelles et » viagères sur la république et sur les particuliers, » et dans l'usage ancien, sauf l'immobilisation fictive des rentes, quand la loi parlait des meubles, on entendait par là généralement tout ce qui n'était pas immeuble.

Sur ce point, nous ne voulons d'autre autorité que ces paroles de Meslé, auteur d'un *Traité des minorités*, imprimé en 1752 : « Les biens sont meubles ou immeubles. *Les meubles* sont » meubles meublants, bestiaux, fruits et revenus, *effets ou dettes*

Digitized by Google

» *actives et passives*, titres, papiers, renseignements et argent. » Les immeubles sont les maisons, héritages et rentes actives » et passives. » (On sait que ces dernières sont meubles aujourd'hui.)

En effet, nous devons croire que l'article 102 de l'ordonnance d'Orléans de 1560, conçue en termes si généraux, parlait des meubles périssables, de *quelque classe qu'ils fussent*. En voici le texte : « Article 102. Les tuteurs et curateurs seront tenus, » sitôt qu'ils auront fait inventaire des biens appartenant à leurs » pupilles, faire vendre par autorité de justice *les meubles pé-* » *rissables*, et employer en rentes et héritages, par advis de » parents et amis, les deniers qui en proviendront, avec ceulx » qu'ils auront trouvez comptant, à peine de payer, en leurs » propres noms, le profit desdits deniers. »

Or, les meubles incorporels, tels que dettes actives sans hypothèque ni fidéjusseur, achalandage de fonds de boutique, droit à un bail que le mineur ne peut continuer utilement, sont meubles *périssables* tout aussi bien que les meubles corporels, susceptibles d'être altérés par l'usage; et, d'un autre côté, la charge de faire vendre les meubles *par autorité de justice*, ne pouvait pas restreindre le sens du mot meuble aux meubles corporels, puisque l'article 102 de l'ordonnance n'indiquait pas l'officier vendeur, plus que l'article 452 du Code Napoléon.

Il est vrai qu'un siècle environ après l'ordonnance, le sens de cet article 102 semblait fixé aux meubles corporels par la jurisprudence du Châtelet, qui avait pris pour guide les arrêtés du président de Lamoignon. On sait ce qu'étaient ces arrêtés : le résultat de conférences, pour arriver à fixer des points de droit controversés. Il y avait ou il devait y avoir bien des controverses sur cet art. 102 de l'ordonnance d'Orléans. Que veut dire : « sitôt » qu'ils auront fait inventaire? » Quel délai accorder raisonnablement au tuteur? Quels meubles sont meubles périssables? Peut-on comprendre dans la vente des meubles utiles, quoique périssables? Les dettes actives y peuvent-elles être comprises? La famille devait-elle être consultée? Comment régler le profit des deniers dus par le tuteur en cas de négligence? Comment le régler quand il n'aura pas vendu du tout? etc., etc.

Les arrêtés offraient des résolutions sages sur tous ces points. « La vente après décès aura lieu dans deux mois, après l'affirmation de l'inventaire, et elle ne portera que sur les meu-

Digitized by Google

bles corporels, car elle sera faite par un sergent (art. 69). » — « S'il y a juste cause d'en réserver aucuns pour les mineurs, ils ne seront compris dans la vente, *selon l'avis des parents.* Ils pourront encore être conservés s'il y a dernière volonté sur ce point des père ou mère défunts (*même article*). » — « On ne vendra pas, du moins actuellement, les bestiaux d'exploitation ni ceux de cheptel, soit pendant la durée des baux, soit jusqu'à ce que les biens soient affermés (art. 70 et 71), et à l'égard des meubles précieux et ordinaires étant dans les maisons de campagne, les tuteurs se gouverneront pour leur vente et conservation, *selon l'avis des parents.* » Par les articles suivants sont réglées les peines du retard. Enfin l'article 79 porte : « Les » dettes actives des mineurs ne seront mises aux enchères, » vendues, ni adjugées en gros, mais les tuteurs feront les » diligences nécessaires pour en poursuivre le recouvrement » contre les débiteurs d'icelles. » Ce qui prouve bien que dans l'intervalle d'un siècle à l'autre l'article 102 de l'ordonnance d'Orléans avait été entendu aussi des *biens incorporels*, et que des tuteurs avaient vendu *en gros, et par la voie des enchères,* l'ensemble des dettes à recouvrer.

Le troisième projet de Cambacérès était aussi général que l'ordonnance d'Orléans; il s'était à la fois inspiré de l'ordonnance de 1560 et des arrêts de Lamoignon; il avait emprunté à l'ordonnance d'Orléans la généralité des termes, en disant : « Article 222. Les meubles seront vendus ou conservés, selon l'avis du conseil de famille. » Il avait emprunté aux arrêtés le délai pour la vente. Article 223 : « Lorsque le conseil a résolu la vente, le tuteur doit y faire procéder, publiquement et par enchères, deux mois après le dernier acte de l'inventaire. » Ainsi, dans l'article 223, il se sert de termes assez généraux, comme l'ordonnance et comme le Code civil, pour ne déterminer en rien une classe d'officiers publics, et par conséquent pour ne pas exclure les *meubles incorporels.*

Qu'a fait ensuite le Code civil ? Au lieu de se servir des mots « les meubles, » il a dit : « *tous les meubles*, » sauf ceux que la famille aurait autorisé à conserver....., et de plus il a eu le même soin que l'ordonnance d'Orléans et que le projet de l'an IV, de ne pas déterminer par quel officier public la vente serait opérée. Et l'on voudrait que, contrairement à son vocabulaire fixé par l'article 535 et au vocabulaire ancien, les mots :

Digitized by Google

« *Tous les meubles* » ne dussent pas s'entendre des meubles incorporels, même quand ils sont périssables! C'est une erreur qu'on ne saurait trop réfuter, ni trop souvent, parce qu'elle est invétérée!

7. L'on insiste et l'on se refuse à comprendre dans ces mots: « *tous les meubles*, » les meubles incorporels, parce que ces mots « conservés en *nature* » ne conviennent qu'aux meubles corporels.

Nous croyons que c'est encore une erreur.

En premier lieu, est-il bien vrai qu'un meuble incorporel ne puisse être jamais conservé en nature? Nous pensons, par exemple, que ne pas vendre un brevet d'invention, et le garder pour que le mineur prêt d'atteindre sa majorité ou son émancipation en puisse faire usage, c'est conserver en nature ce brevet d'invention, lequel est pourtant un meuble incorporel. Est-ce que ce n'est pas garder en nature des actions de compagnies de finance et d'industrie, que de ne les pas vendre à l'ouverture d'une succession, afin que les père ou mère en aient la jouissance légale jusqu'à l'âge compétent pour le mineur? C'est dénaturer le sens des mots français que d'y chercher un autre sens.

En second lieu, les biens pour lesquels les tuteurs ont le droit de demander la conservation en nature, sont ceux que les pere et mère, ayant la jouissance légale, sont autorisés à réclamer, et dont il est dressé état estimatif. Or, les père ou mère tuteurs ont la jouissance légale des biens corporels et incorporels; et certes, s'ils veulent conserver la jouissance légale de certains biens meubles incorporels, tels qu'un fonds de commerce, un brevet d'invention, une propriété littéraire, rien n'empêche qu'on n'en fixe, par expertise, la valeur au temps de l'ouverture de la tutelle, pour cette valeur être remise en tout ou partie, si la chose est éteinte pour partie ou en totalité au temps de la cessation de la jouissance, car les droits incorporels peuvent souvent entrer dans les choses dont il faut dresser l'état estimatif, comme nous l'avons prouvé dans le commentaire des donations et testaments (p. 252, nos 4, 5, 6 et 7), d'après les meilleurs auteurs et les arrêts. Ajoutons encore que les mots conserver *en nature*, remettre *en nature*, reprendre *en nature*, répugnent si peu aux droits incorporels eux-mêmes, que la femme reprend ou prélève, sur la masse de la communauté, « *ses biens personnels* qui ne sont point entrés en com-

Digitized by Google

munauté, s'ils existent *en nature*, » dit l'article 1470; et ces biens personnels peuvent être des rentes, des créances, un fonds de commerce et autres droits incorporels.

8. Ce ne sont pas seulement les termes de l'article 452 qu'il faut consulter, répond-on dans le système contraire, c'est 4° son esprit et son but. Or, son esprit ne peut être de dépouiller le mineur des placements certains qu'a faits le défunt, et son but évident est de contraindre le tuteur d'échanger, dans un court délai, les meubles corporels périssables contre un prix certain et susceptible d'emploi.

Certes, nous sommes aussi d'avis que l'esprit de la loi n'a pu être que, par une vente sans limites, le tuteur déplaçât des fonds utilement placés par le défunt; nous disons seulement que l'esprit de la loi est que le tuteur, aussitôt qu'il est éclairé sur l'avoir de la succession par l'inventaire, et après qu'il a étudié toutes les valeurs mobilières de la succession, doit réunir la famille et lui exposer, en présence du subrogé tuteur et sous la présidence du juge de paix, quels sont les meubles corporels ou incorporels qu'il est bon de conserver. Quand les valeurs incorporelles consisteront généralement en placements sûrs, il se fera autoriser à les conserver toutes; quand elles consisteront dans des valeurs variables, ou dans des valeurs qui paraissent devoir périr, telles que les actions dans certaines compagnies, ou qui périront dans un temps déterminé, comme les brevets d'invention, le tuteur se gardera, dans les cas ordinaires, d'en demander la conservation; quand il y aura des dettes actives dans la succession, le tuteur aura soin de ne demander la conservation que de ce qui n'est pas nécessaire au payement des dettes passives actuellement exigibles; enfin, il se gouvernera suivant les circonstances et les besoins, et il ne conservera en nature que ce que le conseil de famille aura voulu qu'il conservât.

C'est là ce que dit la loi : « Le tuteur fera vendre *tous les meubles.....*, » puis elle ajoute une limitation : « AUTRES QUE CEUX *que le conseil de famille l'aura autorisé à conserver.* » La loi a donc ordonné au tuteur d'examiner quels meubles corporels ou incorporels il était convenable et utile de conserver. Le subrogé tuteur est le surveillant légitime du tuteur; il doit donc, de son côté, examiner la même question. Le conseil de famille doit décider s'il est sage que ces meubles, quelle que soit leur nature, soient conservés du moins actuellement; s'il est d'avis sur les

Digitized by Google

observations du subrogé tuteur, d'autoriser la conservation de certaines valeurs incorporelles et de certains meubles corporels, tout le reste sera vendu; et le tuteur datif deviendra responsable suivant les circonstances, même des pertes résultant des changements de cours des valeurs incorporelles, qu'il n'aura pas été autorisé à conserver.

Il ne s'agit que *d'une délibération sérieuse* qui liquide tout d'un coup ce qui restera à l'administration du tuteur. La loi ordonne cette délibération, soit dans le conseil de famille qui statue sur l'acceptation, soit dans un conseil de famille tenu après l'acceptation. Ce n'est pas pour rien que la loi a dit : « *tous les meubles*, » là où les arrêts de Lamoignon exoluaient de la vente, les dettes actives et les meubles précieux. La loi actuelle n'a pas voulu les en exclure de plein droit; elle a donc voulu que le tuteur examinât ce qu'il jugeait périssable et le fît vendre, et qu'il soumît au conseil de famille quels meubles il jugeait d'une conservation assez certaine et d'un rapport annuel assez certain pour n'être pas actuellement vendus.

Quant à l'argument tiré de ce que le but de la loi est de convertir en argent des meubles purement stériles, il faut y répondre que ce n'est pas *le but unique* de la vente, prescrit par l'article 452[1]. Elle a encore pour but de liquider la succession et de payer les dettes et les charges. Pourquoi donc, si ces dettes et charges excédaient la valeur des meubles corporels, les meubles incorporels ne seraient-ils pas vendus pour payer les dettes? Pourquoi, d'ailleurs, ne seraient-ils pas vendus si le tuteur et la famille ne les jugent pas assez solides ou assez avantageux pour le mineur?

Ainsi, il faut tenir pour certain que l'article 452 est commun aux meubles corporels et aux meubles incorporels; de sorte qu'il ne reste plus qu'une seule objection contre notre doctrine, à savoir 5° que cette doctrine est sujette à une foule d'inconvénients, parce que la loi n'astreint pas le tuteur à demander l'autorisation du conseil de famille pour vendre, et qu'en conséquence il sera en son pouvoir d'aliéner, sans distinction, tout le mobilier du mineur, même les rentes sur particuliers et les créances hypothécaires, sous prétexte d'obéir à l'article 452 et de remplir un devoir.

[1] Nous n'entendons pas dire par là qu'il ne soit pas sage et convenable quelquefois de ne pas vendre certains meubles stériles en revenus.

Digitized by Google

9. Nous n'entendons pas dire que s'il prenait au tuteur la folle envie de vendre *sans nécessité, cause ni raison*, tout ce qui compose le mobilier incorporel du mineur, créances hypothécaires, rentes sur particuliers, avant que d'avoir fait déterminer par le conseil de famille quels biens meubles il voulait garder, ce tuteur pourrait persister dans une aussi mauvaise voie [illegible] prétexte qu'il ne fait que remplir un devoir. Il ne peut [illegible] qu'en présence du subrogé tuteur, et le subrogé tuteur [illegible] comme le tuteur connaître l'inventaire, les biens dans [illegible] nature et le montant des dettes : le tuteur doit donc mettre [illegible] subrogé tuteur en demeure d'être présent à la vente, et celui-ci arrêterait la vente par un référé devant le président du tribunal et par une convocation du conseil de famille, en désignant les objets qu'il conviendrait de garder. C'est évident. D'ailleurs un pareil exercice du pouvoir du tuteur dès le commencement de sa gestion, serait un fait attestant notoirement son incapacité et autoriserait de la part du subrogé tuteur une demande en destitution conformément à l'article 444, § 2° du Code Napoléon. Donc, la doctrine que le mot meubles a dans l'article 452 toute son étendue générique n'a pas et ne peut avoir les dangers qu'on lui suppose.

10. Examinons maintenant dans quel délai le tuteur fera vendre après décès. C'est la première partie de l'article 452.

L'article 102 de l'ordonnance d'Orléans portait : « *sitôt après l'inventaire* » ; les arrêtés de Lamoignon « *deux mois* après l'affirmation de l'inventaire » ; le troisième projet du Code civil de l'an IV, « *deux mois* après le dernier acte de l'inventaire, et après que le conseil aura résolu la vente ; » le projet Jacqueminot « *dans la décade* de la clôture de l'inventaire ; » le projet de la commission du gouvernement « *dans les dix jours* » ; le projet de la section de législation et le Code lui-même « *dans le mois* qui suivra la clôture de l'inventaire. »

Il est évident que le « sitôt après » de l'ordonnance laissait à déterminer un délai moral ; que « les deux mois » des arrêtés de Lamoignon étaient calculés sur les quarante jours pour délibérer, accordés par l'ordonnance de 1667, pour accepter ou répudier ; qu'il en est de même du projet Cambacérès, et que « la décade » ou « les dix jours » des projets Jacqueminot et de la commission de l'an VIII étaient insuffisants.

Le projet de la section de législation et le Code Napoléon, ar-

Digitized by Google

ticle 452 ont accordé un délai d'un mois après la clôture de l'inventaire.

11. De là cette première question : ne s'agirait-il donc dans cet article 452, que de la vente de ce qui doit périr prochainement ou de ce qui serait d'une conservation dispendieuse, puisque la vente doit se faire avant l'expiration des délais pour délibérer?

La réponse doit être négative. Il s'agit dans l'article 452 de tout ce dont l'intérêt bien entendu du mineur exige la vente actuelle ; il s'agit d'une vente après acceptation, car la lecture de l'article 452 suppose un tri préalable d'objets à conserver pour le mineur et pour son usage personnel, ce qui fait supposer l'acceptation antérieure.

Or, il y a des objets qui peuvent être si près de périr et si dispendieux à conserver qu'il soit nuisible d'attendre la rédaction de l'inventaire. L'article 452 ne faisant courir le mois que de la clôture de l'inventaire, ne concerne donc pas les ventes faites pour éviter la perte imminente et l'excès de dépenses conservatrices. Ces ventes urgentes peuvent se faire au cours de l'inventaire, ou même auparavant.

Ces ventes pressantes sont réglées pour les mineurs comme pour les majeurs par l'article 796 du Code civil et par l'article 986 du Code de procédure civile. Elles se font sans attribution de qualité et par autorisation du président. Le tuteur n'a pas à prendre pour cela d'autorisation de la famille.

12. Quand les rédacteurs du Code civil ont fixé le délai d'un mois, même quand les rédacteurs du projet Jacqueminot et du projet de l'an VIII ont fixé le délai de dix jours, ils ont supposé *id quod plerumque fit*, que l'acceptation avait été faite au cours de l'inventaire ou immédiatement après. Il est donc certain que si le tuteur a eu besoin de quarante jours fixés par l'article 795 pour délibérer sur l'acceptation et en soumettre les chances fâcheuses et les avantages au conseil de famille, le tuteur n'aura pas dû faire la vente générale après décès, avant la délibération qui l'aura autorisé à accepter.

13. Mais cela ne veut pas dire qu'à partir de son acceptation il aura nécessairement le délai d'un mois pour vendre les objets que le conseil de famille ne l'aura pas autorisé à conserver. Dans les cas ordinaires, quelques jours de plus ou de moins peuvent ne pas porter préjudice ; mais l'esprit de l'article 452,

Digitized by Google

et celui de l'ordonnance de 1560, des arrêtés de Lamoignon et des divers projets du Code civil est si exprès sur la hâtiveté dans ces ventes, qu'une fois l'acceptation faite tardivement, le tuteur ne peut être trop pressé.

Cependant comme l'article 452 est écrit dans l'intérêt du mineur, le tuteur ne doit pas hâter la vente contre les intérêts du mineur. Quand même le tuteur aurait, dans le délai prescrit par la loi, vendu une partie des meubles, le mineur ne pourrait trouver une cause de dommages-intérêts dans le fait du tuteur d'avoir retardé la vente de certains meubles jusqu'à une saison où la vente devait être plus avantageuse.

14. Dans les questions de ce genre, tout doit être réglé principalement par l'équité et la bonne foi ; seulement quand le tuteur est en retard la présomption est contre lui : mais s'il prouve soit une cause physique, soit une cause morale de retard ; s'il démontre que la rigueur des circonstances a dû, dans une pensée d'intérêt pour le mineur, le contraindre à différer la vente, les magistrats le renvoient absous et font bien.

15. Nous avons jusqu'à présent examiné la troisième partie de l'article 452 sur les meubles à vendre et la première partie du même article sur l'époque de la vente après décès. Maintenant abordons la deuxième partie de l'article 452 sur les formes à suivre par le tuteur dans la vente des meubles appartenant au mineur.

16. La vente doit être faite « en présence du subrogé tuteur. » Ceci est essentiel.

Tenons bien que dans notre droit, le subrogé tuteur est le surveillant légal du tuteur pendant toute la durée de son administration : il ne disparaît pas aussitôt après l'inventaire, comme sous notre ancien droit coutumier : ses fonctions durent pendant toute la tutelle.

S'il doit être appelé aux ventes, ce n'est certes pas dans la crainte que le tuteur n'en dissimule le prix : les ventes sont faites aux enchères reçues par un officier public et cela est suffisant pour écarter tout soupçon. Il est appelé aux ventes, parce qu'il doit savoir tout ce qui sort de l'actif du mineur, et parce que s'il est de l'intérêt du tuteur de tout vendre pour simplifier son administration, il peut être de l'intérêt du mineur de conserver certains biens meubles en nature : donc, il est du de-

Digitized by Google

voir du subrogé tuteur de convoquer la famille pour en délibérer.

Ainsi la présence du subrogé tuteur est essentielle à toute vente mobilière des biens du mineur.

17. La vente sera faite *aux enchères reçues par un officier public*. Le Code dans l'article 452 pas plus que dans les articles 796, 805 et 826 ne désigne l'officier qui procédera à la vente pour les raisons que nous avons données en parlant des ventes par bénéfice d'inventaire (V. ci-dessus, p. 119 et 120, n° 42). Le Code civil n'est pas un Code de compétence.

Le Code ajoute : « et après des affiches et publications *dont le procès-verbal de vente fera mention.* » Il s'est reporté aux usages existant dans les diverses localités sur la publicité des ventes aux enchères. En attendant un Code de procédure, le Code civil a voulu qu'au moins le procès-verbal fît mention que des affiches avaient été apposées, ou que les publications d'usage dans chaque lieu avaient été faites.

Depuis est venu le Code de procédure. Il semble que l'article 452 du Code civil doit être complété par le Code de procédure, qui abolit tous les anciens usages sur la procédure; et pourtant les auteurs, Toullier en tête, s'élèvent contre cette vérité, et l'on soutient, d'après eux, que l'article 452 du Code Napoléon se suffit à lui-même, et que les titres V et VIII du livre II de la IIe partie du Code de procédure civile sont étrangers à la vente des biens meubles des mineurs, qu'ils soient corporels, qu'ils soient incorporels.

Posons au contraire comme règle certaine que, même dans les ventes de biens meubles appartenant à des mineurs, les règles du Code de procédure sont les auxiliaires exigés de l'article 452 du Code Napoléon.

18. Nous réfuterons la doctrine de Toullier par des raisons analogues à celles que nous avons déjà données relativement à l'héritier bénéficiaire.

En imposant à quelques personnes l'obligation de vendre publiquement, les articles 452, 805 et autres n'ont indiqué que les formes protectrices de l'élévation du prix de la vente, et le législateur, en les indiquant, n'a pas renoncé à faire des lois de procédure qui fixeraient les formes préliminaires et accessoires de la vente.

Au contraire, le législateur promettait un Code de procédure au temps où il faisait son Code civil.

Digitized by Google

La promesse est ancienne; on la trouve même dans le projet de l'an IV.

Nous avons démontré que d'après le plan du Code de procédure, le titre de la vente du mobilier s'appliquait à toutes ventes de meubles par l'héritier bénéficiaire. (V. ci-dessus, p. 121 et suiv.)

Comment ne serait-il pas commun aux mineurs, qui sont toujours héritiers bénéficiaires?

Pourquoi ne leur serait-il pas applicable, quand l'article 952, au même titre, dit expressément que le titre tout entier a été écrit pour les mineurs et autres incapables? En effet, avoir dit qu'on ne pouvait se soustraire aux formalités contenues à ce titre que lorsque toutes les parties seront majeures et libres de leurs droits, c'est avoir obligé les mineurs ou autres incapables et leurs tuteurs à s'y soumettre.

Il faut donc repousser le système de M. Toullier et de ceux que son autorité a séduits, et appliquer pour la vente des biens meubles des mineurs les règles du Code de procédure.

19. On ne veut pas de l'ordonnance d'autorisation du président, parce que pour le tuteur vendre est un devoir, et que l'autorisation est dans l'article 452. Quand ce serait un devoir absolu, le tuteur n'en est pas moins soumis à requérir l'autorisation du magistrat chargé d'examiner si ce devoir est rempli opportunément et avec intelligence. On s'est déjà expliqué sur la nature de l'ordonnance. (V. ci-dessus, p. 195 et suiv.)

D'ailleurs, il faut bien reconnaître que les ventes faites par le tuteur pour liquider une succession ne sont pas des ventes purement volontaires; elles sont ventes par autorité de justice, et n'admettraient pas l'action rédhibitoire au profit des acheteurs (C. Nap., art. 1049). Il faut convenir encore que le tuteur n'a point à requérir l'autorisation du tribunal, car ce seraient là des frais en pure perte. Il y aurait donc des ventes par autorité de justice qui pourraient s'effectuer sans l'ordre d'un magistrat, ordre qui remplace le titre exécutoire des ventes forcées. Une pareille anomalie ne pourrait résulter que d'un texte exprès.

M. Toullier invoque aussi le renvoi que l'article 945 du Code de procédure civile fait à l'article 826 du Code Napoléon, pour en conclure que cet article 945 et les suivants ne sont pas applicables aux ventes du mobilier du mineur, parce que l'ar-

Digitized by Google

ticle 945 ne rappelle pas l'article 452 du Code Napoléon. Nous avons déjà répondu à cette argumentation à l'occasion du bénéfice d'inventaire. Nous y renvoyons. (V. ci-dessus, p. 197 et suiv.)

20. De l'examen que nous venons de faire, il faut donc tirer cette règle générale que, sauf les exceptions prévues par les lois, tous les meubles corporels ou incorporels appartenant à des mineurs doivent être vendus aux enchères, de l'autorisation du président et en vertu de son ordonnance sur requête, par l'officier public compétent choisi par le tuteur, après placards, publications ou annonces dans les journaux, ainsi qu'il est réglé par les articles 617, 618, 619 et 621 du Code de procédure civile, selon la nature des objets à vendre, et ce dans le lieu où sont les effets, ou dans tous autres prescrits par l'ordonnance, en présence du subrogé tuteur, et, s'il y a lieu, en présence des parties ayant droit d'assister à l'inventaire, demeurant ou ayant élu domicile dans la distance de 5 myriamètres, ou elles appelées à domicile ou à domicile élu, et que la vente aura lieu sans qu'il y ait besoin d'appeler personne pour les non-comparants, pas même en cas d'absence du tuteur requérant, dont l'officier public constatera seulement au procès-verbal l'absence ou la présence (V. les art. 945 à 950 C. proc.), et sans qu'il y ait en besoin d'autorisation du conseil de famille.

21. D'après ce que nous venons de dire, il n'y a pas de difficultés lors de la vente après décès; mais si plus tard il survient des besoins nouveaux, les ventes devront-elles se faire dans les formes prescrites par l'article 452 combiné avec les dispositions du Code de procédure?

Aucun article du Code civil ou du Code de procédure n'ordonne, en pareil cas, d'assembler la famille; mais aucun article de ces Codes ne confère au tuteur le droit de vendre dans une autre forme que celle prescrite par l'article 452 du Code Napoléon. Le tuteur n'est *loco domini* qu'autant que la loi l'a bien voulu. Dès qu'elle ne lui a conféré d'une manière générale que le droit de vendre publiquement et aux enchères, et en présence du subrogé tuteur, il doit faire les ventes ultérieures dans les mêmes formes que la première.

Et d'un autre côté, il n'a pas besoin de l'assentiment de la famille, puisqu'il lui a seulement autrefois demandé l'autorisation de garder en nature ce que les circonstances le forcent à vendre aujourd'hui. Or le gouvernement du mineur et de ses

Digitized by Google

biens n'est pas dans la main du conseil de famille, et un avis approbatif de la conservation des meubles en nature n'est pas une défense pour l'avenir de vendre des meubles, s'il survient des besoins réels.

22. Cependant, dans la pratique des affaires, on croit faire sagement pour le tuteur de convoquer un conseil de famille, quand survient la nécessité de vendre des biens meubles non compris dans la vente après décès. Si aucune loi ne le lui ordonne, on répond qu'aucune loi ne le lui défend; qu'il ne serait pas en son pouvoir d'empêcher qu'au jour éloigné de la reddition du compte, il ne s'élevât contre lui une présomption défavorable pour n'avoir pas convenablement mesuré ses moyens administratifs dès le début de sa gestion; qu'il trouvera par là même le moyen de convertir la présomption fâcheuse en une présomption favorable, en constatant pour l'avenir, par une délibération de famille, la situation à une époque contemporaine de celle où le fonds mobilier aura été entamé.

23. Nous répondons que si aucune loi ne défend au tuteur d'assembler un conseil de famille, nous n'en voyons cependant pas la nécessité quand le tuteur est le père ou la mère; et que nous ne la comprendrions pour le tuteur datif que quand le subrogé tuteur trouverait que la vente est acte de mauvaise gestion, ou en nierait la nécessité : dans ce cas, le subrogé tuteur convoquera le conseil de famille. Un conseil de famille que la loi n'a pas exigé, et dont les membres ne sont pas responsables, paraît souvent n'avoir été convoqué que pour donner au tuteur un bill d'indemnité; ce n'est donc vraiment que lorsque le subrogé tuteur s'oppose à la vente projetée qu'il peut y avoir lieu à convocation. Le subrogé tuteur est le surveillant du tuteur; on conçoit son opposition et la convocation qu'il demande. Mais de la part du tuteur qui administre la personne et les biens du pupille, dont le subrogé tuteur, éclairé par des états annuels, ne désapprouve pas le projet de vendre de nouveaux biens meubles, rien n'est à faire puisqu'il trouve dans la présence de ce subrogé tuteur à la vente, et dans l'exactitude de ses propres comptes, la défense naturelle des ventes de meubles qu'il fait en temps de nécessité.

24. Après avoir ainsi posé les principes et établi la théorie générale, entrons dans les détails et voyons s'il y a des limitations à la doctrine.

Digitized by Google

D'abord, puisque le tuteur est administrateur, il est évident qu'il n'a besoin de l'autorisation de personne ni de la présence du subrogé tuteur, ni de publicité (quoiqu'il fasse bien de recourir à la publicité dans les cas importants), pour faire les ventes de pure administration, celles des fruits recueillis depuis l'ouverture de la succession, même des coupes ordinaires de taillis ou de futaies, selon l'aménagement.

Le tuteur n'a besoin de l'autorisation de personne ni de la présence du subrogé tuteur, ni de publicité, même avant d'avoir fait prendre qualité à son mineur, pour les ventes journalières ou les ventes résultant d'un cas fortuit et qu'il faut faire sur-le-champ, telles que les ventes d'arbres fruitiers, morts sur pied ou abattus par un ouragan, celles des cuirs des bestiaux morts par accident, et d'autres choses de ce genre. Il en faut dire autant des ventes qui seraient d'assez peu d'importance pour que les frais d'une vente publique absorbassent une grande partie de leur produit.

En général, nécessité n'a pas de loi. Donc, quand certains meubles corporels ou incorporels sont frappés par un événement qui doit en causer la perte, le tuteur fait bien d'en faire la vente, même à l'amiable, car il tient lieu de père au pupille, et le bon père de famille en ferait autant. En effet, c'est administrer, et administrer sagement, que de prendre sur soi de disposer absolument d'une chose dont la perte est imminente. Aussi ne doit-on pas désapprouver toujours la cession d'une créance sur un débiteur en fuite, faite à un autre créancier du même débiteur, ni la cession d'un titre sur un failli qui n'a pu payer ses dividendes ou qui les payerait difficilement, ni la remise d'une dette à un insolvable, moyennant un avantage actuel. Quoique toutes ces choses semblent dépasser le pouvoir du tuteur, il peut les faire hardiment s'il a le soin, au temps de l'événement, de réunir les preuves des circonstances qui lui commandent d'agir ainsi, et de les conserver pour le jour du compte.

25. Malgré la nécessité de la publicité des ventes, nous ne croyons pas qu'on puisse se plaindre de la vente que le tuteur aurait faite, seul et sans enchères, de grains et autres denrées, dont le prix est fixé par les mercuriales, et qui se seraient trouvés dans la succession (car ceux recueillis depuis sont fruits et revenus, et soumis à son pouvoir d'administration, ainsi qu'on vient de le dire). Nous avons exposé des doutes et des

Digitized by Google

distinctions à ce sujet, pour l'héritier bénéficiaire, parce qu'à l'égard de celui-ci, il faut craindre une déchéance du bénéfice. (V. p. 204, n° 72) Mais cette crainte n'existe pas relativement au mineur, et comme le tuteur n'est exposé qu'à se voir forcé en recette, s'il a fait un marché désavantageux, il est évident que toutes les fois qu'il aura vendu de gré à gré, au prix des mercuriales ou au-dessus, personne n'aura rien à lui reprocher, car il paraîtrait impossible d'établir le moindre préjudice.

26. Nous avons parlé, à l'occasion de l'héritier bénéficiaire, des coupes de bois arriérées par la négligence du défunt. Ici, la même question se présente pour le tuteur. Il n'y a pas d'ordonnance à prendre pour rentrer dans l'aménagement; mais comme entre lui et le mineur il y a toujours la question de savoir s'il a vendu le plus avantageusement possible, il sera au moins prudent de vendre publiquement aux enchères et en présence du subrogé tuteur, car, bien que l'action de rentrer dans l'aménagement soit un acte d'administration, la vente est pour partie vente d'un meuble de la succession, au moins jusqu'à concurrence de la valeur qu'avait la coupe arriérée au temps du décès de l'auteur.

27. Quant à la vente d'une futaie qui dépérit, dont il a été traité déjà pour l'héritier bénéficiaire, nous pensons que le tuteur doit régulièrement convoquer un conseil de famille pour se faire autoriser à la vendre, et que la délibération doit être homologuée par le tribunal, en chambre du conseil, après que, par une voie d'instruction, le tribunal aura vérifié le fait. La destruction d'une futaie est une chose tellement importante dans la fortune d'un mineur, qu'il ne faut pas que la connivence d'un subrogé tuteur et l'insouciance d'un conseil de famille puissent priver un mineur d'une pareille ressource au temps de son établissement.

Il faut nécessairement remplir ici les formes des articles 457 et 458, car, bien que le sol ne sera pas vendu, la futaie n'en est pas moins immeuble.

Mais une fois la futaie condamnée à être abattue, le tribunal a décidé par là même qu'elle cesserait d'être immeuble par accession, et par conséquent les formalités de la vente des biens immeubles, tant à l'article 459 du Code Napoléon qu'au titre VI du livre II de la deuxième partie du Code de procédure civile, deviennent superflues et frustratoires. La vente se fera dans la

Digitized by Google

forme de l'article 452 du Code civil et du titre V de la vente du mobilier, en présence du subrogé tuteur.

On a expliqué ailleurs (V. p. 207, n° 78) ce qu'il y avait à faire s'il existait en pareil cas des créanciers hypothécaires dans une succession bénéficiaire.

28. Ce qui vient d'être dit devrait être suivi encore dans le cas où le tuteur voudrait détruire un bâtiment; dans le cas où il voudrait vendre dans les formes mobilières les immeubles par destination (meubles par leur nature), faisant partie par accession ou incorporation d'une maison, d'une usine ou d'une exploitation rurale, glaces, boiseries antiques, statues et peintures faisant partie du bâtiment, ustensiles d'exploitation, animaux attachés à la culture. La mort du précédent propriétaire a fixé la qualité d'immeubles par destination sur toutes les choses, même encore mobiles par elles-mêmes, qu'il avait placées dans le fonds pour son service et son exploitation. On ne peut régulièrement diminuer de ces parties intégrantes le fonds immobilier, sans l'avis de la famille et sans l'autorité de la justice, qui aura à examiner l'intérêt que peut avoir le mineur à augmenter ses capitaux aux dépens des accessoires immobiliers par la fiction de la loi, ou à conserver ces accessoires attachés réellement ou fictivement à l'immeuble. Si la justice prend ce dernier parti, la vente projetée n'aura pas lieu; si, au contraire, elle homologue l'avis de famille, les immeubles par destination auront, du jour du jugement, repris leur nature primitive de meubles, et ne pourront être vendus que dans la forme mobilière, avec les précautions requises pour la vente du mobilier du mineur.

29. De ce que nous venons de dire sous les nombres 27 et 28, il ne faudrait pas se hâter de conclure à la nullité de la vente de ces divers objets faite par le tuteur sans ces précautions, surtout quand la livraison est consommée, ni même en conclure certainement à une action fondée en dommages-intérêts contre le tuteur. Nous supposons le tuteur et les acheteurs gens de bonne foi; et, s'il en est ainsi, si les deniers ont tourné au profit du mineur, il n'y aura que deux questions à examiner: 1° Les changements que le tuteur a fait subir aux immeubles, et qu'il ne pouvait leur faire subir de son plein chef, ont-ils été déterminés par quelque nécessité qu'un bon père de famille aurait dû surmonter de la même manière? 2° Le tuteur a-t-il

Digitized by Google

tiré des choses vendues un prix égal à celui qu'il aurait tiré probablement d'une vente aux enchères? Comme le jugement de la tutelle est toujours un jugement basé sur la bonne foi, l'équité et l'utilité de la gestion, il est évident que si les deux questions sont résolues affirmativement, le tuteur repoussera la demande. Mais aussi les présomptions sont contre lui! et, après un long temps, comment prouvera-t-il avec certitude l'état de dépérissement de la futaie, l'inutilité pour les immeubles de bâtiments ruinés et celle des autres objets accessoires? Par quels documents établira-t-il que les ventes à l'amiable qu'il en a faites ont produit au moins un prix égal aux prix des choses pareilles dans le même pays et dans le même temps? Il y a de l'imprudence à courir les chances d'un procès dans l'avenir, quand la loi a établi des formes salutaires. Un tuteur, surtout un tuteur datif, s'il connaît le cœur humain, doit s'attendre à n'être regardé au jour du compte que comme un intendant infidèle.

30. C'est une question que de savoir si le tuteur sera tenu de consulter le conseil de famille et de suivre les autres formalités des articles 457 et 458, soit pour continuer dans l'intérêt du mineur ou pour ouvrir l'exploitation d'une carrière, soit pour vendre sous une forme ou sous une autre, à des tiers, le droit d'exploiter un espace de terrain déterminé.

Nous pensons que sur ce point important il faut généralement consulter le conseil de famille et distinguer, comme le fait l'article 598 du Code Napoléon, entre les carrières ouvertes par le défunt pour y établir une exploitation, et les carrières non ouvertes.

Quant aux carrières ouvertes par le défunt, il faut sous-distinguer si elles n'ont été ouvertes par lui que pour l'usage de son domaine ou pour former une exploitation commerciale.

31. Si elles n'ont été ouvertes par lui que pour l'usage de son domaine, il n'y a pas eu de la part du défunt la destination de changer la face du terrain et la qualité de l'immeuble. Il n'y a pas eu, par le propriétaire, volonté de détruire les cultures et les plantations pour tout sacrifier à l'extraction des fossiles. Or, si le tuteur voulait vendre le droit d'exploiter cette carrière commercialement, il en résulterait qu'il changerait ainsi la nature d'un bien immeuble et en mobiliserait les matériaux. Donc, pour y parvenir, il sera tenu de se faire autoriser par le

Digitized by Google

conseil de famille, en lui prouvant l'avantage qu'il y aura pour le mineur de distraire de l'immeuble ces parties adhérentes, immeubles aujourd'hui, et de demander et obtenir l'homologation du tribunal, conformément aux articles 457 et 458 du Code Napoléon. Par conséquent, l'effet du jugement sera de déterminer la masse de pierre, de plâtre ou autre espèce de fossile, à devenir mobilière en la séparant judiciairement du fonds immobilier, comme il a été dit ci-dessus, nos 27 et 28, de la futaie qui dépérit, des ventes de bâtiments à démolir et d'autres immeubles par destination; et la vente devra être faite ensuite, suivant les formes de la vente mobilière, déterminées par l'article 452 et le titre V de la vente du mobilier au livre II de la deuxième partie du Code de procédure civile.

32. On sent qu'il doit en être de même, à plus forte raison, quand le défunt n'aura ouvert aucune carrière sur son fonds, et que le tuteur y reconnaîtra l'existence certaine d'un fossile utile au commerce. Il faudra suivre les formes indiquées ci-dessus avant que de vendre le droit de l'exploiter, ou que d'exercer ce droit dans l'intérêt du mineur; car une carrière non ouverte n'est pas encore une carrière, c'est un lieu propre à en établir une. C'est un immeuble en état de culture dont il faut changer le mode de jouissance et souvent détruire la superficie.

33. Quand il s'agit d'une carrière exploitée commercialement par le défunt, il y a déjà destination du père de famille qui a voulu mobiliser les produits de ses terres en les exploitant ainsi; et c'est beaucoup. L'ensemble d'une carrière est en quelque sorte un fonds de commerce et d'industrie ayant en magasin des produits exploités et des matières vénales à mettre en œuvre. Mais ce n'en est pas moins un fonds *territorial* conservant sa nature d'immeuble pour tout ce qui n'est pas extrait, même quand les travaux préliminaires à l'extraction seraient faits comme lorsqu'on a fait la découverte dans une carrière à ciel ouvert, ou qu'on a établi la bouche ou le puits dans les carrières par le cavage. Or les pierres ne deviennent meubles que lorsqu'elles sont détachées du sol ou qu'elles doivent l'être. L'article 598 du Code Napoléon permet bien à l'usufruitier de profiter des carrières ouvertes; mais ce n'est pas déclarer la masse meuble : c'est dire seulement que l'usufruitier mobilisera ce qu'il en exploitera. Ainsi on ne peut échapper à ce principe,

Digitized by Google

que les pierres non exploitées demeurent immeubles. Donc, le tuteur qui n'est qu'administrateur est, dans ce cas comme dans les deux cas précédents, soumis à demander l'autorisation du conseil de famille et l'homologation du tribunal pour vendre ce fonds de commerce de carrière et les pierres à extraire. Et en supposant que le périmètre de la carrière fût tout entier sur le fonds du carrier, la vente à en faire, quand le tribunal l'aura ordonnée, sera une vente purement mobilière, comme dans les cas précédemment prévus (C. Nap., art. 452; C. proc., art. 945 et suivants), sauf les charges à imposer pour que le fond soit rendu en bon état.

34. Il y a des carriers qui n'exploitent que les terres d'autrui. Ils achètent le droit de fouiller par le cavage, ou d'extraire à ciel ouvert les fossiles qui se trouvent dans un terrain dont les limites sont déterminées par le contrat; quelquefois ils acquièrent ce droit par location des terrains où se trouvent les matériaux à extraire. Dans ce cas, toute leur exploitation est purement mobilière; et s'ils viennent à laisser un héritier mineur, le droit d'extraire les pierres de la carrière se vend avec le fonds de commerce lui-même et le droit au bail par vente purement mobilière, conformément à l'article 452 du Code Napoléon et au titre de la vente du mobilier au Code de procédure, sans qu'il soit besoin d'autorisation, ni du conseil de famille, ni du tribunal. Il suffit de l'autorisation du président et de la présence du subrogé tuteur, quand il n'y a pas eu autorisation du conseil de famille de conserver en nature.

35. Les ventes de carrières peuvent être aussi en certains cas regardées comme ventes d'immeubles et être faites après autorisation du conseil de famille et homologation du tribunal dans les formes des ventes de biens immeubles de mineurs prescrites par l'article 459 du Code Napoléon, l'article 954 du Code de procédure et autres auxquels il renvoie.

Ce sera d'abord quand le défunt aura été propriétaire du terrain renfermé dans le périmètre de la carrière, et que le tuteur à cause de l'impossibilité de continuer l'exploitation pour le mineur et de l'avis du conseil de famille, proposera à l'homologation du tribunal de joindre la vente du fonds de commerce à la vente du fonds immobilier. On comprend que l'immeuble, base et aliment de l'exploitation, est ici le principal; que le fonds de commerce n'en est que l'accessoire; et qu'en conséquence

Digitized by Google

tout doit être fait alors selon les formes prescrites pour les ventes d'immeubles.

Mais cette forme ne doit être suivie pour les carrières à ciel ouvert que si la vente du tout, de la masse et du fonds immobilier, est nécessaire pour les besoins de la liquidation, car les immeubles des mineurs doivent être conservés autant qu'on le peut faire; car un terrain exploité à découvert peut souvent, au fur et à mesure de l'extraction, être remis en état de culture ou de place à bâtir au moyen de certains travaux à prévoir au cahier des charges, ce qui justifie le mode de vente mobilière dont il a été parlé n° 33.

Il est évident qu'il n'y aura aussi à prendre que le mode de vente mobilière, quand l'extraction se fera par le cavage, puisque la superficie reste sauve; et ce ne serait alors que les besoins de la succession et de sa liquidation qui pourraient légitimer la vente immobilière du fonds.

36. Mais il y a un cas où la vente immobilière paraît nécessaire; c'est quand le carrier travaillant par bouche ou par puits, n'étant propriétaire immobilier que d'une portion de sa carrière et généralement de l'entrée, puits ou bouche, et des pièces avoisinant, a acquis de ses voisins le droit de fouille ou de fortage qui consiste à exploiter souterrainement les terres d'autrui et à en extraire les fossiles en laissant ciels et piliers et en faisant remblais suffisants pour soutenir la superficie.

Ce droit de fouille et de fortage est en soi une servitude réelle, établie sur les fonds voisins pour le service de la carrière et de la bouche de cavage destinée à l'extraction, quand il a été contracté au profit du propriétaire de l'entrée de la carrière.

Au contraire, s'il a été contracté au profit d'un carrier à location, parce que la masse de ce voisin était contiguë à celle que le propriétaire lui avait donnée à extraire, ce droit ne peut être qu'un droit personnel et mobilier.

C'est du premier cas qu'il s'agit ici.

Il est évident que si le mineur n'approche pas de sa majorité, un pareil droit de propriété et de servitude sera pendant toute sa minorité une valeur inerte pour lui, ce sera même un embarras puisqu'il répondrait pendant ce temps des fontis et éboulements qu'éprouverait le sol supérieur faute de surveillance sur les galeries et les piliers.

Digitized by Google

Il est donc utile au mineur de vendre sa propriété à la carrière et son droit de servitude aux fortages ; et la vente portant principalement sur un immeuble et sur les servitudes actives qui y sont attachées, sera faite dans les formes de la vente des biens immeubles.

37. Nous avons distingué plus haut, pour les carrières ouvertes au temps de la succession, celles dont le défunt ne s'était servi que pour l'utilité de son fonds, et celles dont il avait fait l'objet d'une spéculation commerciale.

Il n'y a pas de doute que le père ou la mère, ayant la jouissance propre et légale des biens de l'enfant dont ils sont tuteurs, n'ait le droit de jouir des carrières ouvertes comme en jouissait le propriétaire avant son décès.

Pas de difficultés quand le défunt n'en jouissait que selon les besoins de son fonds, l'usufruitier légal n'a pas le droit d'en faire commerce; alors il n'y a pas lieu même d'en faire l'estimation dont parle l'article 453, car, dans l'espèce, on ne trouve pas même la pensée de mobilisation. Si le père, usufruitier légal, se sert plus tard de la carrière, ce sera au profit du fonds.

38. Mais si le précédent propriétaire a fait de la carrière l'objet d'un commerce, le père ou la mère aura évidemment, sur ce bien du mineur, l'usufruit légal que confère au survivant l'article 384 du Code Napoléon, au titre *De la puissance paternelle.*

L'exploitation d'une carrière considérée en elle-même est le mode de jouissance qui lui est propre; la destination commerciale, qui a été donnée par le père de famille à cette extraction, est la mesure de l'usufruit.

Pendant la durée de cet usufruit, le mineur n'a que la nue propriété. Sans la volonté du père tuteur, la vente de la carrière ne pourrait avoir lieu qu'à la charge de l'usufruit temporaire.

D'ailleurs, si l'intention du père ou de la mère tutrice était de diriger l'éducation du mineur, de manière à ce que plus tard il embrassât la profession de carrier, la vente serait absolument contraire à leurs vues de famille.

De plus, pour un malheur arrivé dans une famille, forcera-t-on le père de famille, s'il est carrier, à abandonner un fonds d'exploitation commerciale qu'il aura créé? Y forcera-t-on la mère tutrice, qui comptera sur ces richesses fossiles pour élever ses enfants et les former au travail?

Digitized by Google

Recourra-t-on à une licitation qui aura souvent pour résultat de faire passer l'immeuble à un étranger?

D'un autre côté, ce mode de jouissance paternelle semble pourtant ruineux pour le mineur, parce que, surtout pour les carrières de pierre à bâtir, l'extraction altère la valeur intrinsèque de l'immeuble.

Comment donc agir dans ce cas, quand le père ou la mère veulent conserver l'exploitation pendant la durée de la jouissance légale?

La conduite des parties intéressées nous semble toute tracée par la combinaison des articles 452, 453, 457 et 458 du Code Napoléon.

Demander à conserver une exploitation commerciale, c'est demander à conserver ou à acquérir un droit mobilier.

Demander à exercer cette exploitation sur un immeuble, c'est demander à mobiliser une partie de l'immeuble, ou, en d'autres termes, c'est demander que tout ce qu'on tirera de l'immeuble devienne mobilier, et tombe à ce titre dans la propriété mobilière du père ou de la mère qui le demande ainsi, au fur et à mesure que les choses seraient extraites de l'immeuble.

Or le droit d'usufruit paternel sur les choses meubles n'est pas aussi absolu que l'usufruit contractuel ou testamentaire; il est moins un droit d'usufruit proprement dit qu'un reste de nos anciennes garde noble et garde bourgeoise, où les père et mère gagnaient les fruits en compensation des frais de garde.

C'est à cause de cette origine et à cause du devoir naturel qui défend au père de s'enrichir aux dépens de l'enfant, que les père et mère ayant la jouissance propre et légale des biens du mineur, et en conséquence dispensés de vendre les meubles, n'ont pas le droit de les absorber, de les donner à des tiers ou autrement, de les dissiper pour le montant de la prisée portée en l'inventaire. Il doit en être fait, à leurs frais, une estimation nouvelle à juste valeur pour remplacer les meubles qui ne pourraient être représentés en nature (art. 453). C'est à cause de cette origine et parce que dans notre pensée le mot meubles est générique dans les articles 452 et 453, que nous estimons qu'un père tuteur peut garder un brevet d'invention dont le privilége expirera au cours de la tutelle pour le prix qu'aura

Digitized by Google

fixé l'expert assermenté devant le juge de paix, à la charge par le père de remettre à l'enfant la valeur estimative quand la jouissance légale des biens finira. Le principe est donc celui-ci : l'usufruit paternel doit se concilier avec l'obligation de rendre la chose ou sa valeur estimative.

Ceci posé, quand le père veut conserver en nature la carrière en cours d'exploitation, dont les pierres sont destinées à devenir meubles au fur et à mesure de l'extraction, il doit faire connaître son intention au subrogé tuteur qui fera estimer dans la forme de l'article 453 la valeur de la masse de chaque pièce à extraire, comprise dans le périmètre, en ayant égard à la puissance de la masse et aux difficultés que présente le recouvrement. Cette estimation faite, comme ces pierres non extraites sont encore immeubles et ne sont mobilisées qu'au fur et à mesure de l'extraction, il faut recourir aux articles 457 et 458 pour acquérir le droit de les mobiliser tant par l'autorisation du conseil de famille (qui peut, suivant les circonstances, indiquer les conditions qu'il jugera utiles) que par l'homologation du tribunal. A la fin de la jouissance paternelle, l'estimation de chaque pièce extraite par le tuteur formera un article de recette dont les intérêts ne courront que du jour où aura fini l'usufruit paternel.

39. Après cette énumération de ces divers cas de vente, appliquée principalement aux meubles corporels, nous arrivons plus spécialement aux meubles incorporels : ils doivent aussi, comme on l'a prouvé plus haut, être vendus par le tuteur, en vertu de l'ordonnance du président, aux enchères, après les affiches et publications prescrites par le Code de procédure civile, par un officier public, et surtout en présence du subrogé tuteur. C'est là la règle générale.

40. La loi du 24 mars 1806 a dérogé au Code civil, en réglant que les rentes sur l'État 5 pour 100, appartenant à des mineurs ou à des interdits, seraient valablement transférées à la Bourse par leurs tuteurs ou curateurs, d'après le cours légalement constaté du jour du transfert, savoir : les rentes de 50 francs et au-dessous, sans autorisation spéciale, pourvu que le mineur ou l'interdit n'eût aucune autre inscription de rente 5 pour 100 ; et les rentes au-dessus de 50 francs, pourvu que le tuteur ou curateur fût autorisé à cette vente par le conseil de famille.

Digitized by Google

Ainsi point de présence de subrogé tuteur, d'affiches ni de publications.

41. Ce qu'il faut remarquer ici, c'est l'esprit de la loi. Le mineur peut être pauvre et avoir des besoins. Le tuteur n'est pas tenu d'y pourvoir *de suo*, mais il doit y pourvoir sur les biens du mineur; et comme les formalités sont coûteuses, il en est dispensé si la succession ne possède en rentes sur l'État que 50 francs en 5 pour 100.

Ainsi se trouve établie, pour un cas particulier, la distinction que nous avons signalée plus haut des meubles de peu de valeur et des meubles précieux, distinction qui ne peut pas être tranchée par une formule dans les cas ordinaires. Quand le meuble est de peu de valeur, quand le besoin est urgent, il ne faut pas échancrer une faible ressource par des frais hors de proportion avec la valeur de la chose; et la nécessité l'emporte sur la loi. Le tuteur fait ce à quoi il est obligé par devoir et par humanité, sans recourir à personne; et le besoin prouvé, les circonstances bien connues des tribunaux, le tuteur ne sera jamais responsable d'avoir fait une vente d'un meuble de faible valeur; mais bien que la loi spéciale en donne un exemple, la loi générale s'est bien gardée d'écrire nulle part l'exception. Une fois écrite, on en aurait abusé.

42. L'objet spécial de la loi du 24 mars 1806 est la sollicitude du gouvernement pour la responsabilité du trésor public. Ainsi, quels que fussent les besoins du mineur, le tuteur ne pourrait, sans une autorisation formelle du conseil de famille, négocier 50 francs de rente sur une rente de plus forte valeur; ni une rente de 50 francs s'il y en avait une autre, ne fût-elle que de 10 francs, dans les biens du mineur.

43. Quoique la loi du 24 mars 1806 ne parle que des rentes 5 pour 100 consolidés, elle doit s'appliquer aux rentes créées depuis par le gouvernement : aux rentes 3 pour 100, 4 pour 100 et 4 1/2 pour 100. L'État n'avait, lors de cette loi, qu'une seule espèce de rentes perpétuelles inscrites au grand-livre. La législation faite pour cette espèce de rentes, et pour régler dans quels cas le trésor n'était pas responsable des mutations opérées sur le grand-livre, a dû régir les rentes de création nouvelle, ou qui ont remplacé des rentes précédentes.

De là plusieurs conséquences :

C'est quand le mineur ou l'interdit n'a qu'une rente sur l'État

Digitized by Google

de 50 francs et au-dessous, que le tuteur a le pouvoir de la négocier sans autorisation. Donc, s'il se trouve dans le domaine du pupille une rente 3 pour 100, une rente 4 pour 100 et une rente 4 1/2 pour 100 (dont aucune n'excède 50 francs, mais qui, réunies, produisent un revenu de plus de 50 francs), l'autorisation du conseil de famille est nécessaire.

Donc encore, l'autorisation de la famille ne sera pas nécessaire si la rente 4 1/2 pour 100, 4 pour 100 ou 3 pour 100 n'excède pas 50 francs. La loi approuve, jusqu'à cette limite de revenu, la faculté du trésor d'opérer le transfert sans autorisation de la famille; la loi a permis au tuteur d'aliéner seul jusqu'à 50 francs de rente isolée. Pourquoi donc, comme le veulent quelques jurisconsultes, restreindre le droit de celui-ci à 30, 40 ou 45 francs de rente? La loi est encore une loi spéciale : suivons-en donc le texte, sous peine de substituer notre arbitraire à celui de la loi. Ne disons pas : « la loi a eu en vue le capital, » quand elle a déterminé par son texte le droit de vente sur le revenu même.

44. Faudra-t-il appliquer la loi du 24 mars 1806 aux autres valeurs négociables à la Bourse?

En théorie, la loi du 24 mars 1806 et le décret de 1813 ne peuvent être étendus hors de l'objet qu'ils ont eu spécialement en vue, ni pour d'autres valeurs que les rentes sur l'État et les actions de la Banque de France.

Certes, personne ne prétendra que cette loi et ce décret doivent être appliqués à d'autres valeurs dans la partie qui permet au tuteur d'aliéner seul et sans formalité une rente isolée de 50 francs, ou une action isolée de la Banque de France. L'esprit de la loi de 1806 permettait au tuteur, sans autorisation quelconque, sans surveillance du subrogé tuteur et sans aucune formalité, de diminuer le revenu de son pupille d'une somme annuelle de 50 francs; le décret de 1813 y ajoute la faculté de le diminuer encore du montant annuel des dividendes que la Banque de France paye au propriétaire d'une de ses actions. Or si l'on en fait autant quand on trouvera dans une succession une rente isolée de 50 francs et au-dessous sur l'État français, d'autres rentes isolées sur plusieurs États étrangers, une action isolée de chacun de nos nombreux chemins de fer et des chemins de fer étrangers, une action isolée de nos mille et une sociétés anonymes de banque, de commerce et d'industrie, qu'en

Digitized by Google

résultera-t-il surtout pour le cas où ces valeurs isolées, chacune dans son espèce, seraient bonnes et fructueuses? Il en résultera que, dans un cas possible et plus fréquent qu'on ne pense, le tuteur, sans le contrôle du subrogé tuteur et à l'insu de celui-ci, aura diminué le revenu annuel du pupille de dix fois, vingt fois, trente fois 50 francs ou peut-être plus, en rentes diverses ou en dividendes fructueux. Donc, indépendamment du principe qui défend d'étendre les lois spéciales, les inconvénients sont tels et si nombreux, que l'évidence empêcherait d'appliquer la loi de 1806 aux rentes isolées sur les États étrangers, aux actions de toute autre compagnie que la Banque de France. La loi et le décret sont spéciaux à des valeurs publiques et déterminées. Il est défendu de les appliquer à autre chose. Donc un tuteur ne peut jamais négocier sans autorisation une rente au-dessous de 50 francs d'un État étranger, ni une action d'une compagnie autre que la Banque de France.

45. Dès qu'une partie de la loi de 1806 démontre que cette loi est limitative, elle a nécessairement le même caractère dans sa seconde partie que dans la première. Il suffit de la lire pour reconnaître qu'elle n'exempte des règles de la procédure, des publications et des affiches, que les seules rentes sur l'État et les seules promesses d'inscriptions de rente; donc, tout le reste est soumis aux règles du droit commun; et la Cour de Douai a évidemment dit justice et droit dans son arrêt Freimaud, du 28 juin 1843, en professant dans les motifs cette vérité : « que » la loi du 24 mars 1806, et plus tard le décret du 5 septembre » 1813, en simplifiant les formalités à remplir par le tuteur, » pour la vente des rentes sur l'État et des actions de la Banque » de France, ont laissé subsister les règles que l'article 402 » prescrit indéfiniment pour la vente de tous les meubles du » mineur, même pour la vente des rentes ou créances sur les » particuliers, et d'actions et intérêts dans les compagnies de » finance ou d'industrie. »

46. Cependant il est passé dans la pratique d'appliquer, par voie d'analogie, la loi du 24 mars 1806 à tous les effets qui sont cotés à la Bourse, de sorte qu'avec l'autorisation du conseil de famille, le tuteur pourra vendre à la Bourse des rentes sur les États étrangers et des actions des chemins de fer, des canaux et des entreprises commerciales et industrielles.

Cet usage est contraire au texte de la loi, et cependant il faut

Digitized by Google

avouer qu'il serait utile en le réduisant aux valeurs qui se trouvent tellement en faveur auprès du public, qu'elles sont journellement cotées à la Bourse, de manière que le prix n'en pourrait augmenter, si on les vendait après affiches et publications. Là, le nombre des offres et le nombre des demandes forment la baisse ou la hausse de la marchandise aussi sûrement que les enchères dans une vente par autorité de justice, parce que sur les choses journellement cotées, l'heure de la Bourse est pour tout acheteur une affiche qui l'y appelle. D'un autre côté, la précaution d'un avis de famille garantit que le subrogé tuteur est instruit de la vente. Ainsi, quoique ce soit au législateur à déterminer quelles sont les valeurs appartenant aux mineurs, qu'il serait permis de vendre à la Bourse au cours du jour; quoique le législateur, après avoir fondé le droit en 1806 pour les rentes françaises, ait attendu onze ans avant que de l'étendre en partie aux actions de la Banque, et quoique ce ne soit pas aux tribunaux à anticiper sur une distinction qui ne doit être que l'œuvre du pouvoir législatif, nous croyons que l'usage introduit est sans danger si on le restreint dans la pratique à ne vendre à la Bourse, au cours du jour, que les seules valeurs négociables habituellement et journellement cotées. Dans ces limites, l'usage semble inspiré par l'esprit de la loi d'exception. Au delà de ces limites, la sage lenteur du législateur à déclarer en 1813 la loi de 1806 commune aux actions de la Banque, proteste contre toute autre exception au droit commun.

47. Les rentes sur particuliers appartenant à des mineurs se vendent régulièrement soit à l'audience du tribunal, soit pardevant notaire, sur la demande du tuteur autorisé d'un avis de parents, ou sur la demande du mineur émancipé, assisté de son curateur. Elles se poursuivent, à la diligence du tuteur, sur une requête présentée au président du tribunal, communiquée au ministère public comme en matière immobilière, et c'est au tribunal à décider, sur la requête et sur l'ordonnance qui lui est soumise, si la vente sera faite à l'audience ou devant un notaire commis par le tribunal. De quelque manière que ce soit, elle doit toujours être faite en présence du subrogé tuteur.

48. Outre les cas qui viennent d'être énumérés, il n'y a pas de droits incorporels mobiliers que le tuteur ne puisse vendre sans autorisation du conseil de famille, mais en présence du

Digitized by Google

subrogé tuteur, et aux enchères : actions dans les compagnies, intérêts dans les sociétés, droits d'auteur, brevets d'invention, droits à un bail, créances quelque importantes qu'elles soient, etc., etc., et les formalités de l'article 452 au Code Napoléon, combinées avec le titre *De la vente du mobilier* au Code de procédure civile, suffisent.

Pourquoi demander des délibérations de famille là où la loi n'en exige pas? Quand elle ordonne d'assembler la famille, c'est pour valider les opérations spéciales du tuteur et leur donner force et vigueur, tant contre le mineur qu'au profit des tiers contractant avec le tuteur. Mais quand elle se tait sur cette formalité, la justice doit se défier de la formalité même, comme de toute précaution superflue.

49. On cherche aussi à éluder, par une autorisation de famille, la vente aux enchères de certaines valeurs incorporelles, en présentant au conseil de famille un acquéreur à conditions déterminées. Par exemple, la vente d'un fonds de commerce ou d'un fonds industriel, sous prétexte qu'il y a soit des procédés, soit des détails commerciaux qui ne doivent pas être connus de tous. Pour d'autres biens, on en fait autant, et l'on sait toujours trouver des motifs spécieux à faire adopter par le conseil de famille. Mais on aura beau être ingénieux à colorer ces ventes du nom de traités consentis par la famille, les motifs qui les auront dictés ne seront jamais une excuse suffisante pour le tuteur, si la chose n'a pas été vendue à sa valeur réelle. Les enchères et la publicité sont nécessaires aux ventes de biens de mineurs, car elles sont le seul moyen qu'ait eu le législateur pour s'assurer de la vérité du prix et des efforts du tuteur pour obtenir le prix le plus élevé.

50. Toutes ces règles sont bien sévères. Pourtant, il ne faut pas plus outrer leur sévérité en matière de meubles incorporels qu'en fait de meubles corporels. Puisque, en effet, la loi n'a pas, pour la seule absence des formalités, établi de nullité absolue des ventes, il faut convenir que les ventes mobilières faites de gré à gré par les tuteurs, ne sont frappées que d'une nullité relative à l'intérêt des mineurs, et dans la seule mesure de ces intérêts. Par conséquent, quand les mineurs se plaindront et revendiqueront la chose, les acheteurs se défendront par les fins de non recevoir tirées ou de ce que le prix a tourné au profit du mineur, ou de ce que la chose a été acquise à sa

Digitized by Google

juste valeur. Si donc le prix est juste, et qu'il ait tourné au profit du mineur, l'action sera non recevable contre le tiers. Si le prix a tourné au profit du mineur, mais qu'il ait été insuffisant, le tiers sera tenu de le parfaire. La règle générale sera donc la nullité contre le tiers acquéreur, qui pourra faire valoir les exceptions d'utilité et de juste prix; et souvent, si le tuteur est solvable, il pourra exiger que ses biens soient préalablement discutés. Quant au tuteur, l'action contre lui est l'action de tutelle pour les dommages-intérêts, dont il pourra quelquefois se défendre par la nécessité et les circonstances.

51. Cependant il y aura toujours des contrats de gré à gré pendant le cours d'une tutelle, même au commencement, quand il faut tirer parti de l'industrie qu'a délaissée le défunt. Souvent un tuteur prudent trouvera qu'il vaut mieux traiter avec un successeur qui présente une solvabilité réelle, que de courir la double chance d'enchères qui élèveront le prix, et d'un adjudicataire dont la solvabilité serait contestable. Si le tuteur consulte sur ce point la famille, et que la famille et le subrogé tuteur surtout soient de son avis, qu'il contracte alors hardiment, en présence du subrogé tuteur, car les tribunaux protégeront toujours le tuteur qui aura, de bonne foi, fait un acte utile à son mineur.

Dans le cours de la tutelle, il se présente des circonstances où le tuteur est contraint à des dépenses inattendues. Il fait bien de consulter le conseil de famille pour y parer; mais il ne le peut pas toujours, soit que l'affaire presse trop et que la partie contractante ne veuille pas attendre, soit parce que la famille est difficile à réunir à cause des distances et de la saison, comme il arrive à la campagne. Que le tuteur alors contracte, si l'affaire est sage et bien conçue : les tribunaux sanctionneront toujours, en cas de difficultés ultérieures ce que le tuteur aura fait par nécessité, par exemple, la vente de créances pour donner des aliments au mineur, pour ses frais d'éducation et d'instruction, pour lui acquérir un remplaçant au service militaire, (surtout si le mineur a déjà une profession, ou l'espérance d'y arriver); pour payer une dette de la succession qui n'était pas connue, ou qui n'était pas exigible lors de l'inventaire, pour faire face au rachat d'un immeuble vendu par le défunt, avec faculté de réméré. Dans tous ces cas et autres innombrables, la vente de créances et autres droits in-

Digitized by Google

corporels est acte de bonne gestion et administration, quand elle est faite à un prix convenable.

Quant aux tiers, qui achetent du tuteur, ils n'ont en réalité qu'un moyen d'assurer leur droit de propriété, c'est de bien faire constater que le prix a tourné au profit du mineur; car, ils savent par le titre même qui leur est cédé, que la chose est celle du mineur ; ils savent par la loi que le tuteur était chargé de vendre aux enchères : s'ils s'assurent que le prix tournera au profit du mineur, ils n'auront plus à craindre une revendication, et n'auront à se défendre que d'un supplément de prix. Pour constater l'emploi dans les cas importants, le plus sûr est d'imposer en payant, la charge déterminée d'emploi et de faire mentionner dans les actes postérieurs l'origine des deniers; mais comme il n'y a pas de loi qui l'ordonne ainsi, le tiers aura toujours le droit de prouver l'utilité du prix pour le mineur, par les circonstances du fait, par les dépenses utiles qu'aura faites le tuteur dans le temps qui aura suivi la vente et même par le compte de tutelle qui doit être la base de l'action du mineur en nullité de la vente.

52. La transmission des offices est toujours chose d'urgence et n'est pas susceptible d'enchères. Il en est de même quand le droit à la présentation du candidat appartient à un mineur. Il faut donc appliquer ce qui a été dit plus haut.

Comme ici on se trouve en matière administrative, et que lorsque le droit de présentation appartient à un mineur, les circulaires ministérielles exigent que le conseil de famille soit consulté sur la cession et que le subrogé tuteur intervienne, il n'y a pas à balancer, pour remplir ces formalités, puisque l'autorité a le droit d'imposer, en matière de cession d'office, toutes les conditions qu'elle juge convenables, et certes, c'est dans l'intérêt du mineur que cette règle s'est établie en chancellerie.

Il paraît en outre qu'en chancellerie, on exige de plus que l'avis du conseil de famille soit homologué par le tribunal.

Il est à désirer que la chancellerie revienne sur cette décision dont le moindre inconvénient est de faire perdre un temps précieux, car en soi la vacance d'un office est toujours un mal, tant pour le public que pour la famille. Cette décision présente un inconvénient bien plus grand ; c'est que l'effet de l'homologation est de donner le caractère de jugement à une

Digitized by Google

délibération privée et d'en ordonner l'exécution. Or dans la position constitutionnelle du pouvoir judiciaire, et du pouvoir administratif, indépendants l'un de l'autre par essence, il paraît dissonant de faire ordonner par la justice l'exécution d'une délibération, à laquelle la volonté administrative peut seule donner un effet utile, et il serait inconvenant pour l'ordre judiciaire que la volonté administrative fît subir une modification à un acte ayant le caractère de jugement. COIN-DELISLE.

ÉTUDE SUR LA POSSESSION ET LES ACTIONS POSSESSOIRES.

Par M. L.-A. MARINIER, professeur suppléant provisoire à la Faculté de droit de Strasbourg.

(*Suite*[1].)

CHAPITRE II.

DE L'ACQUISITION DE LA POSSESSION.

22. En analysant les éléments de la possession, nous avons déjà donné une idée générale de la manière dont elle s'acquiert; mais il convient d'insister spécialement sur ce point. Les développements qui vont suivre prouveront, nous l'espérons, la fécondité de cette partie de notre sujet.

Il importe de saisir l'origine de la possession pour en préciser l'existence et la durée.

Les jurisconsultes romains nous ont laissé à cet égard des règles qui ont passé dans notre droit. Il est même probable que si leur esprit d'analyse ne s'était pas exercé sur cette matière, elle n'aurait pas été creusée par les modernes avec une pénétration aussi grande. En effet, ce point touche plus à la théorie qu'à la pratique. Comme l'observe M. Troplong, il est rare qu'on soit obligé « de rechercher le berceau de la possession avec cette rigueur de principes que les jurisconsultes romains nous ont transmise..... Quand nous sommes appelés à tirer des conséquences de la possession, nous la trouvons toute formée, toute vivante[2]. »

[1] V. ci-dessus, p. 78.
[2] Troplong, *Prescript.*, t. I, n° 251.

Digitized by Google

Quoi qu'il en soit, nous devons faire connaître les résultats auxquels était arrivée la jurisprudence romaine. Dans ce qui va suivre, nous signalerons les idées qui lui étaient particulières, et nous poserons des principes qui appartiennent à la science et au droit actuel, le Code ayant laissé ce point dans le pur domaine de la doctrine.

Nous traiterons à la fois des meubles et des immeubles; car quoique chez nous l'action possessoire soit exclusivement réservée pour la possession immobilière, nous voulons néanmoins donner ici une théorie générale de la possession, sauf à en tirer les conséquences dans d'autres traités, notamment en ce qui touche l'application de l'article 2279.

Deux situations diverses sont à envisager pour déterminer les règles qui régissent l'acquisition de la possession : ou nous possédons par nous-mêmes, ou nous possédons par l'intermédiaire d'un tiers; de là une première division de ce chapitre en deux sections.

Chacune de ces deux sections traitera successivement des deux éléments de la possession que nous avons indiqués ci-dessus : l'acte extérieur et l'intention de maître.

Une troisième section traitera de la capacité des personnes, nécessaire pour acquérir le droit de possession.

SECTION I.

De l'acquisition de la possession par nous-mêmes.

Art. 1. — De l'acte extérieur.

I. Division du sujet.
II. De l'acquisition originaire.
III. De l'acquisition dérivée.

I.

23. Ce premier élément semble être celui qui offre le moins de difficulté. Il n'est cependant pas de point sur lequel les docteurs aient été plus divisés. Pour jeter quelque clarté sur la matière, nous distinguerons l'acquisition originaire et l'acquisition dérivée.

L'acquisition de la possession est dite originaire, quand elle se produit par le fait seul de la personne qui s'en empare; elle est dite dérivée, quand elle résulte d'un contrat ou autre acte

Digitized by Google

juridique, qui en dépouille l'une des parties pour en investir l'autre [1].

II.

24. La possession ne peut s'acquérir originairement que par un fait actif et suffisamment caractérisé, accompli sur la chose [2]. Nous avons vu que la simple possibilité d'agir sur la chose est insuffisante pour constituer la possession à titre originaire [3]. La raison en est que la possession tire sa force de l'inviolabilité de la personne, et que par suite elle ne peut prendre naissance, d'une manière *définitive*, qu'autant que la personnalité s'est *imprimée sur la chose par des actes matériels.*

Appliquons ces principes aux immeubles et aux meubles.

24 *bis. Immeubles.* Il faut, avons-nous dit, un fait actif et suffisamment caractérisé, accompli sur la chose.

Un fait actif. Ce point ne saurait faire difficulté. Les textes du droit romain, dans lesquels il est dit que la présence de la chose suffit pour en faire acquérir la possession, sont tous relatifs à l'acquisition dérivée [4], et encore vit-on là une sorte d'*appréhension* par la vue.

L'acte détermine les limites de la possession [5]. Ainsi le même fonds peut être possédé par plusieurs personnes. On a même admis que la possession des arbres pouvait appartenir à l'une d'elles et celle du sol à une autre [6]. Les articles 553 et 664 du Code fournissent un argument à l'appui de cette opinion. Ils reconnaissent la possibilité de plusieurs propriétés distinctes sur une même chose. Pourquoi n'en serait-il pas de même de la possession qui n'est que l'image de la propriété [7]. D'ailleurs la possession doit être maintenue telle qu'elle s'est exercée.

[1] Nous ne parlons pas ici de ce qu'on appelait en droit romain possession dérivée, telle que celle du créancier gagiste, etc. Voyez à cet égard, article 2, note 1. La distinction présente n'a trait qu'au mode d'acquisition, et non à la possession considérée en elle-même et dans ses effets.

[2] Dans la législation romaine, il faudrait ajouter : « par un fait accompagné de l'abandon de l'ancien possesseur (s'il en existe un), ou d'une résistance qui lui est opposée victorieusement. » — Fr. 6, § 1. 41. 2.

[3] Voyez ci-dessus, n° 2.

[4] Fr. 77. VI. 1; fr. 18, § 2. 41. 2.

[5] Cela ne doit pas s'entendre à la lettre. V. fr. 3, § 1. 41. 2.

[6] Cass. 13 février 1834. — 26 décembre 1833. — D., 31, 1, 120.

[7] Nous ne contredisons point par là ce que nous avons développé ci-dessus, n° 13. Nous observons seulement qu'en fait la possession se traduit par les mêmes actes que la propriété.

Digitized by Google

..... *Accompli sur la chose.* On n'use d'une chose qu'en se mettant en contact avec elle. Il ne suffirait pas de sommer le possesseur de ne plus rester sur son fonds pour en acquérir la possession. Ce fait pourrait seulement être considéré comme un *trouble*, susceptible d'être réprimé par la complainte. Il en serait de même du cas où l'immeuble aurait été compris dans une saisie immobilière dirigée contre un tiers.

Suffisamment caractérisé. Il faut que ce fait révèle une intention de maître. Les deux éléments de la possession sont intimement liés. Le fait se déterminera d'après la nature de la chose. Il doit avoir pour objet de retirer toute ou partie de l'utilité dont elle est susceptible. On acquerra la possession d'un fonds en le labourant, en le cultivant, en récoltant ses produits; celle d'une maison, en l'occupant par soi-même ou par un tiers; celle d'une haie, en coupant les herbes qui y croissent. — En un mot, dès que la chose est employée à son usage habituel, l'acte matériel est suffisamment caractérisé; c'est ainsi qu'il a été jugé que le fait d'avoir conduit des bestiaux paître sur une lande qui n'était pas susceptible d'autre exploitation, en conférait la possession[1].

La possession des servitudes s'acquerra en les exerçant : par exemple, en ouvrant des jours en deçà de la distance légale, en conduisant un acqueduc à travers le fonds voisin, etc.

L'acte extérieur peut quelquefois se produire sans la participation de la personne; il suffit alors qu'elle ait l'intention de s'en prévaloir en le laissant subsister. Cette intention doit même être présumée jusqu'à preuve contraire. Ainsi le possesseur qui laisserait croître des arbres qui ont poussé en deçà de la distance légale (art. 671), en aurait la possession. Toutefois, dans ces cas et autres semblables, la possession n'existe qu'autant que l'intention qu'elle comporte peut se présumer raisonnablement. Elle devra l'être quand il s'agira d'un fait que le possesseur aurait pu accomplir lui-même. Il n'en serait pas ainsi, si la situation nouvelle n'était que le résultat de la vétusté. La présomption est alors qu'il y a plutôt négligence qu'intention de se prévaloir de la situation de la chose[2]. Ainsi, quoique le mur de mon voisin surplombât depuis plusieurs années sur mon

[1] Cass. 21 février 1827 et 8 janvier 1835.
[2] Belime, *Droit de possession*, n° 85.

Digitized by Google

héritage, je n'en aurai pas moins le droit d'exiger qu'il soit redressé. — Toutefois, si une année s'était écoulée depuis que les choses sont dans cet état, il ne me resterait que l'action pétitoire, car, quoique la possession ni l'action possessoire ne soit pas acquise au possesseur du mur, *pour l'inclinaison de son mur*, je ne puis dire avoir possédé librement, pendant l'année, la portion de l'espace qu'occupe le mur par son inclinaison.

Au reste, la portée d'un fait de possession variera suivant les circonstances. C'est là une question d'appréciation.

24 *ter*. *Meubles*. Le principe est le même pour les meubles. Remarquons cependant que le fait actif est ici différent. J'acquiers la possession d'un meuble, en l'appréhendant et en le plaçant dans un lieu où je pourrai en disposer à ma volonté. Je ne puis, en général, commencer à posséder un immeuble sans le modifier. Cette différence tient à la nature des choses : les meubles (ainsi que l'indique le mot) sont susceptibles d'être transportés d'un lieu dans un autre. Ce déplacement renferme un développement d'activité suffisant pour constituer la possession, indépendamment de toute modification. De plus, à raison de leur volume, les meubles sont le plus souvent susceptibles d'une appréhension à laquelle la nature des immeubles se refuse.

III.

25. L'acquisition dérivée de la possession résulte de tous les faits qui ont pour conséquence de *permettre* à celui qui reçoit la chose d'exercer son pouvoir sur elle. C'est là l'élément essentiel de la tradition définie par l'article 1604 (d'après Domat). « Le transport d'une chose..... en la puissance et possession » d'une personne.

La différence qui existe entre l'acquisition originaire et l'acquisition dérivée tient à ce que, dans un cas, il s'agit de créer la possession, et, dans l'autre, de la transmettre. Dans ce dernier cas, il est juste de dire, avec M. de Savigny, que la simple possibilité d'agir suffit pour faire acquérir la possession. — Mais si ce sont là les seules idées que la raison avoue, et celles que le Code Napoléon a consacrées, était-ce réellement le point de vue des jurisconsultes romains? C'est ce que nous rechercherons tout à l'heure.

Cette possibilité d'action peut résulter soit de la *présence* de

Digitized by Google

la chose, soit de sa *remise sous la garde* de celui qui la reçoit (*sub custodia accipientis*); remise qui provient de l'exécution du contrat, soit d'une *situation antérieure*, soit enfin de la *remise des titres*.

Parcourons ces différentes circonstances par rapport aux immeubles et aux meubles.

26. *Immeubles*. Les textes des jurisconsultes romains nous parlent toujours de la présence de la chose comme d'un élément suffisant pour en transférer la possession. Il suffit de consulter la loi 77 *de rei vind.* et la loi 18, § 2, *de acq. vel amitt. poss.* : *Si vicinum mihi fundum mercato*, dit Julien, *venditor in meâ turre demonstret, vacuamque possessionem tradere dicat : non minus possidere cœpi, quam si pedem finibus intulissem*. L'assimilation qui est faite à la fin de cette loi a fort embarrassé les commentateurs. Les uns ont eu recours à une idée qui, comme nous le verrons, était loin d'être étrangère aux jurisconsultes romains : « La possession, ont-ils dit, peut s'acquérir par les différents sens : la vue, le toucher, etc. Donc l'acheteur possède la chose, quand même elle serait éloignée *per decem milliaria*. » — Telle ne serait pas, suivant M. de Savigny, l'idée de Julien. L'acquisition de la possession résulterait ici de la possibilité qu'avait l'acheteur de s'emparer de la chose. C'est là le point de ressemblance qui existe entre ce cas et celui où il serait entré sur le fonds. Le premier aperçu nous semble plus conforme aux idées romaines. Les jurisconsultes étaient partis de cette idée première, appréhension matérielle de la chose [1]. Ils avaient ensuite étendu les modes d'appréhension, tout en restant fidèles au principe. Aussi appellent-ils l'appréhension par les yeux *longa manus* [2]; ils disent encore que la possession est acquise *oculis et affectu* [3]. Dans le fragment de Julien précité, on retrouve une idée analogue, avec cette différence que, comme il s'agit d'un immeuble, la possession s'acquiert plutôt *longo pede* que *longa manu : non minus possidere cœpi quam si pedes finibus intulissem*. Les mots *vicinum fundum* de notre texte peuvent se concilier avec cette interprétation. L'appréhension *oculis* a des limites; il faut que la chose ne soit pas trop éloignée.

[1] Fr. 1, pr. 41. 2.
[2] Fr. 79, 46. 3.
[3] Fr. 1, § 21. 41. 2.

Digitized by Google

Tel est le point de vue romain; mais au point de vue rationnel nous ne faisons nulle difficulté d'admettre l'idée de M. de Savigny. Son explication doit prévaloir aujourd'hui, en présence de la latitude que laisse la législation actuelle à cet égard.

Nous parlerons des autres modes d'acquisition dérivée de la possession, à l'occasion des meubles, car c'est à ce sujet que les textes du droit romain, qui sont ici notre base, les mentionnent.

27. *Meubles.* — A. *Présence de la chose.*

Dans une foule de textes du droit romain, la possession se trouve acquise de cette manière. Nous citerons entre autres les lois 1, § 21, 41, 2, et 79, 46, 3 [1].

[1] Cependant il existe un passage d'où l'on peut conclure que cette notion ne s'était dégagée que peu à peu de l'idée primitive du *corpus* de la possession; c'est la loi 51 *De acq. vel amitt. poss.* Elle est extraite du commentaire de Javolenus sur les œuvres posthumes de Labéon. Le texte se divise en deux parties bien distinctes : l'une dans laquelle Javolenus expose l'opinion de Labéon, l'autre qui renferme ses remarques, et commence à ces mots : *in eo puto hanc quæstionem consistere* (*a*). On nous permettra d'entrer dans quelques détails sur ce passage à la fois difficile et important.

Labéon énonce d'abord un principe : *Quarumdam rerum* ANIMO *possessionem apisci.* De ces expressions il résulte que Labéon matérialisait l'idée du *corpus*, et que là où la possession était acquise à n'en point douter, par suite de la présence de la chose, il ne voyait que l'*animus* (*animo possessionem apisci*). Aussi était-ce, suivant lui, quelque chose d'exceptionnel (*quarumdam rerum*). — Il en donne ensuite pour exemple le cas où j'ai acheté un tas de bois, ou des amphores en bloc; le vendeur m'ordonne de l'enlever; j'y appose un gardien : la possession m'est acquise. — Mais Labéon s'aperçoit qu'il a tourné la difficulté et que l'exemple est mal choisi : en effet, il y a ici acquisition par un fait corporel, la garde de la chose; peu importe que je saisisse la chose par moi-même, ou que la garde en soit confiée à mon représentant. *Sed videamus inquit ne hæc ipsa* CORPORIS *traditio sit, quia nihil interest, utrum mihi, an et cuilibet jusserim custodia tradatur.* Labéon sentait bien que la seule présence de la chose suffisait pour en faire acquérir la possession, mais il hésitait à proclamer ce principe. C'est ce qui explique pourquoi, après nous avoir dit que la possession s'acquérait quelquefois *animo*, il nous donne un exemple où il y a acquisition *corpore* dans toute la rigueur du mot. Labéon était arrêté sans doute par cette règle que la possession ne s'acquiert que *corpore* et *animo.* Il ne pouvait préciser ce qui con-

(*a*) Cujas ne semble pas supposer qu'à partir de *in eo puto*, le passage est de Javolenus. Mais l'opposition qui existe entre les mots *videamus inquit*, et ceux-ci : *in eo puto*, prouve que ce n'est pas la même personne qui parle dans les deux parties du texte.

Digitized by Google

La présence de la chose ne faisait acquérir la possession qu'autant qu'elle était dégagée de tout obstacle. La levée de cet obstacle, en sa présence, en transférait la possession. Tel était l'effet attribué à la remise des clefs *apud horrea : clavibus traditis ita mercium in horreis conditarum possessio tradita videtur, si claves apud horrea traditæ sint, quo facto confestim emptor dominium et possessionem adipiscitur, etsi non aperuerit horrea*[1].

Dans la loi 9, § 6, *de acq. rer. dom.*, Gaïus ne parle pas de la proximité du bâtiment où sont renfermées les marchandises; cependant il est à présumer qu'il la suppose. Dans la loi 1, § 21, *De acq. vel am. poss.*, Paul prévoit la même hypothèse; et, d'a-

stituait le *corpus* dans la seule présence de la chose : en effet, par *corpus* on entendait, chez les Romains, l'acte physique de la personne.

Javolenus lui reproche avec raison d'avoir éludé la difficulté. *In eo puto hanc quæstionem consistere, an etiamsi corpore acervus aut amphoræ adprehensæ non sunt, nihilominus traditæ videantur* (*a*). — La question est donc de savoir si la possession est acquise sans appréhension; peu importe qu'ensuite je m'empare de la chose par moi même ou par mon mandataire : *Nihil video interesse utrum ipse acervum an mandatu meo aliquis custodiat.* Javolenus termine en donnant sa solution : *Utrobi animi quodam genere possessio erit æstimanda* (*b*).

Ainsi, dans tous les cas la possession est acquise. Remarquons, toutefois, que ces mots *quodam genere* attestent que, dans la pensée de l'auteur, cela n'est pas très-rigoureux. C'est une extension des principes. La même idée se retrouve dans le passage de Paul ci-dessus cité (fr. 1, § 21. 41. 2). Les expressions dont se sert le jurisconsulte sont remarquables : *Videri mihi traditam*, NAM PRO TRADITIS EAS HABERI. — *Et vina tradita* VIDERI. On les retrouve aussi dans la loi 31, § 1, *De donationibus.* — Nous profiterons de cette remarque en temps et lieu.

Nous avons cru devoir insister sur ce texte au point de vue de la génération et de la marche des idées.

[1] Fr. 74, ff., 18. 1.

(*a*) Il faut supposer évidemment que la vente a été consentie en présence des objets. Cela résulte de ces mots *cum universæ amphoræ simul essent.* Cette réunion ne serait d'aucune importance si elle n'avait pas eu pour effet de mettre les amphores sous les yeux des parties contractantes. Les mots *etiamsi corpore adprehensæ non sunt* indiquent que le doute ne vient que de l'absence d'un acte corporel, la chose étant d'ailleurs présente.

(*b*) Cujas substitue *corporis* à *animi* (t. VIII, p. 314, fr. 51. 41. 2. — *Paratitl. in Cod.*, liv. VII, tit. 32). Rien ne justifie cette correction. Le célèbre jurisconsulte n'y a été amené que parce qu'il a pensé que les derniers mots du texte contenaient la solution de Labéon. D'après cette interprétation, Labéon aurait d'abord posé un principe; puis il aurait hésité dans son application, et l'aurait abandonné pour n'admettre de prise de possession que par l'apposition d'un gardien. Nous croyons avoir prouvé que cette manière d'entendre le texte était erronée.

Digitized by Google

près ce qui précède dans le texte, il est évident qu'il parle d'une remise des clefs, faite en présence de la chose. En effet, après avoir dit à propos des *res quæ moveri non possunt, nam pro traditis eas haberi*, SI IN RE PRÆSENTI CONSENSERINT, il ajoute ET *vina tradita videri cum claves cellæ vinariæ emptori traditæ fuerunt*. Il est probable que Gaïus raisonnait d'après les mêmes données, et que les rédacteurs des Pandectes n'auront reproduit que la fin du passage, comme ils auraient pu le faire pour les fragments de Paul.

Sous l'empire du Code, la remise des clefs devrait saisir l'acheteur en quelque lieu qu'elle fut faite. Telle était l'opinion de Pothier[1], qui se trouve confirmée par la rédaction absolue de l'article 1606[2].

B. *Remise de la chose sous la garde de celui qui doit la recevoir.*

Dans ce cas, aucun fait n'est nécessaire de la part de celui qui acquiert la possession. Il suffit que la chose soit placée dans un lieu où il puisse en disposer à son gré. Les textes donnent pour exemple la remise de la chose vendue, effectuée par le vendeur sur l'ordre de l'acheteur, dans la maison de ce dernier[3].

La possession n'est acquise de cette manière qu'autant que celui qui a entendu l'acquérir, avait la détention de la maison où l'objet a été déposé; peu importe qu'il en eût ou non la possession juridique. Il s'agit, en effet, de la possibilité d'appréhender la chose. Or, l'idée de possession juridique est étrangère à ce point. Le possesseur véritable de la chose (le bailleur) peut être dans l'impossibilité de s'y introduire, de l'occuper, à raison des obligations personnelles qu'il a contractées[4], inversement la faculté de séjourner dans un lieu ne suppose pas qu'on en a la possession juridique[5].

[1] *De la propriété*, n° 199.

[2] V. en ce sens : Marcadé, *Prescript.*, art. 2228, n° 6; — Troplong, *Vente*, n° 272; — Duvergier, *Vente*, n° 248.

[3] Fr. 18, § 2. 41. 2; fr. 9, § 3. 23. 3.

[4] M. de Savigny veut expliquer ainsi la loi 30, pr. 41. 2. Il y voit la consécration de cette règle, que la possession juridique d'un édifice n'entraîne pas celle des objets qu'il renferme. Cependant, les mots *universas et singulas* forment contraste, et semblent indiquer que la possession d'une chose ne donne pas celle de ses éléments considérés comme objets distincts. D'après l'interprétation de M. de Savigny, l'antithèse devrait exister entre les mots *res* et *ædificium*. Or cela n'est point.

[5] D'après les textes des jurisconsultes romains, la notion de la *custodia*

Digitized by Google

C. *Situation antérieure.*

Des faits antérieurs au contrat, tels qu'un louage, un dépôt, peuvent avoir placé la chose sous la dépendance de l'acheteur ou du donataire. En présence de cette circonstance, l'acquisition de la possession n'exigera, *comme élément nouveau*, que la seule intention des parties[1]. Cependant, dans tous ces cas, il existe une relation antérieure qui concourt essentiellement à la translation de la possession. Il est à présumer que les jurisconsultes romains, tout en sentant l'influence d'un pareil fait, ne l'avaient point fait rentrer, par l'analyse, dans une théorie générale du *corpus* de la possession, considéré comme possibilité d'agir. La preuve en est que dans les exemples précédents ils nous disent : NUDA VOLUNTAS *Domini sufficiet ad rem transferendam..... animo cœpit possidere.*

Le Code civil a reproduit la même idée dans l'article 1406 : « La délivrance des effets mobiliers s'opère..... *par le seul consentement* des parties, si l'acheteur les avait déjà en son pouvoir à un autre titre. » La seule intention n'est suffisante, pour acquérir la possession de cette manière, qu'autant qu'il s'agit d'une transmission contractuelle. Le représentant qui voudrait posséder la chose qui lui a été confiée, ne le pourrait qu'au moyen d'une interversion de possession[2].

D. *Remise des titres.*

La remise des titres de propriété suffit encore pour opérer le transport de la possession. Ce fait prouve l'intention qu'a le vendeur de se dépouiller de la chose, et procure à l'acheteur le moyen de s'en saisir et de s'y maintenir.

Il y a cependant quelque difficulté à cet égard sur le terrain du droit romain. Un seul texte y fait allusion, et encore est-on partagé sur l'espèce qu'il prévoit : c'est la loi première au Code *De donationibus*, ainsi conçue : *Emptionum mancipiorum instrumentis donatis et traditis, et ipsorum mancipiorum donationem et traditionem factam intelligis; et ideo potes adversus donatorem in rem actionem exercere.*

varie suivant qu'il s'agit d'acquérir ou de conserver la possession. — Comp. les fr. 3, § 3, et 44 pr., liv. XLI, tit. 2, relatifs le premier à l'acquisition, le second à la conservation de la possession.

[1] Fr. 9, § 5. 41. 1. — Fr. 9, § 9. 12. 1.

[2] Art. 2238 C. Nap. — En droit romain, il suffisait d'une *contrectatio fraudulosa.* — V. fr. 3, § 18. 41. 2; fr. 1, § 2; fr. 67, pr.; 47. 1.

Digitized by Google

Cette loi est l'origine de l'article 1605 du Code Napoléon; Pothier l'avait entendue comme s'appliquant à la remise des titres indépendamment de la présence de la chose [1]. Cependant des doutes sérieux se sont élevés sur cette interprétation. Les uns ont supposé qu'il s'agissait d'un constitut possessoire [2]; d'autres ont prétendu que les esclaves avaient été présents lors de la remise des titres. Telle est l'opinion à laquelle s'arrête M. de Savigny, après avoir d'abord embrassé la précédente. Suivant lui, il s'agirait dans ce texte d'un acheteur d'esclaves qui, ayant encore l'acte d'achat entre les mains, avait voulu faire une donation à une autre personne. Dans ce but il lui aurait livré son titre de propriété en présence des esclaves, mais ceux-ci seraient restés encore chez le donateur. Toute la difficulté était de savoir si les parties avaient eu l'intention de faire une donation actuelle, ou s'il n'y avait eu qu'un simple projet. Au premier cas, la présence des esclaves suffisait pour en opérer la tradition, et la propriété était ainsi acquise au donataire; au second cas, il n'y avait ni translation de propriété ni action aucune, car le texte ne suppose pas qu'une stipulation soit intervenue. L'empereur, consulté par le donataire, considéra que la remise de l'acte d'achat prouvait suffisamment l'intention de consommer la donation. A l'aide de cette interprétation, M. de Savigny fait rentrer ce texte dans son système; il invoque à l'appui la glose et l'opinion d'Accurse. Au reste, il reconnaît que rien dans la constitution ne prouve la présence des esclaves; mais, comme on prévoit une hypothèse particulière, il faut bien suppléer les circonstances pour expliquer la solution [3].

Nous préférons l'interprétation donnée par Pothier. La corrélation qui est établie entre la *donatio* et la *traditio instrumentorum* d'une part, et la *donatio* et la *traditio mancipiorum* d'autre part, est très-concluante. Cette opinion a en outre l'avantage d'être basée sur le texte seul de la constitution, et non sur des additions qui ne peuvent être faites qu'arbitrairement [4].

[1] *Propriété*, n° 201.

[2] Fulgosius, cité par M. de Savigny.

[3] De Savigny, *Possess.*, p. 195, traduct. Beving.

[4] M. de Savigny propose en note (p. 195, note 2) une autre explication, tirée des §§ 297 et 314 des *Fragmenta Vaticana*. D'après ces textes, il ne faut pas

Digitized by Google

Quoi qu'il en soit, le principe que nous avons posé est incontestable en droit français, en présence de l'article 1605 du Code Napoléon. — Dans ce texte, il est question des titres de propriété eux-mêmes et non de l'acte de vente que l'acheteur a indépendamment de la délivrance, et qui n'est pas d'ailleurs suffisant pour assurer sa situation à l'égard des tiers.

28. Nous ne pouvons passer sous silence une idée émise par M. Marcadé, sur les effets de la délivrance : « La délivrance, dit-il, n'est point par elle-même génératrice de la prescription. Par la délivrance, le vendeur *offre et prépare la possession* à l'acheteur. Il lui remet tout ce dont celui-ci a besoin pour cette

s'en tenir à la rigueur quand il s'agit de la forme des donations entre parents et enfants. De là on pourrait penser avec quelque vraisemblance, dit M. de Savigny, qu'il s'agit aussi dans notre passage (fr. 1, C., *De donat.*) de ce cas spécial, et qu'il a été admis dans le Code de Justinien d'une manière irréfléchie. — Nous ne saurions partager cette opinion, à laquelle l'auteur ne donne, du reste, aucun développement. 1° Le § 297 des *Fr. Vat.* a trait à la remise de l'acte de donation, et non à celle des titres de propriété du donateur. 2° Il ne s'ensuit pas que la remise de l'*instrumentum* eût rendu la donation parfaite quant à la translation de propriété, car le texte nous dit qu'en l'absence de cette remise il n'y a pas même un commencement de donation (*minime cœpta est*). 3° Il distingue entre la livraison de l'*instrumentum* et celle de la possession. *Igitur ut querela quæ inter vos orta est, cognitâ causâ comprimatur, a vivâ matre tuâ neque instrumenta, neque possessionem traditam esse ostende.* — Le § 314 est étranger à notre hypothèse, quoique offrant plus de difficulté en lui-même. Il suppose qu'un père voulant faire une donation à son fils, a rédigé l'*instrumentum* et lui en a donné lecture. Ce fait *inducit filium in vacuam possessionem.* Comme on le voit, il n'y a point encore là remise des titres de propriété du *tradens*. Mais que veulent dire ces mots : *Eum in vacuam inductum possessionem horum lectio manifestat?* Si on les prenait à la lettre, il faudrait soutenir que la simple lecture du contrat transfère la possession, et par suite la propriété au fils donataire. Il est peu probable que le texte ait une portée aussi large, car ce serait le renversement de tous les principes du droit romain. Nous pensons que le fils, après la lecture de l'acte de donation, avait appréhendé la chose; alors naissait la question de savoir s'il l'avait fait du consentement du donateur, en un mot si celui-ci l'avait envoyé en possession par la simple lecture de l'*instrumentum* (la propriété ne pouvant lui être acquise qu'à cette condition). On présumait facilement cette intention. Le mot *inducere* désigne il est vrai, la plupart du temps, l'entrée simultanée du *tradens* et de l'*accipiens* sur le fonds, à la différence de la *missio in possessionem*, qui émane d'une personne absente (fr. 33; fr. 34, § 1. 41. 2). Cependant, dans le fr. 52, § 2. 41. 2, l'expression *inducere in possessionem* s'applique à l'ordre du préteur qui envoie en possession, de même le donateur *inducebat filium in possessionem.*

Digitized by Google

possession; mais c'est à l'acheteur seul de la réaliser ensuite. Or c'est seulement par cette *occupation réalisée* que la prescription prend naissance (Marcadé, t. VI, p. 223, art. 1604 à 1607, n° 4). » L'auteur observe en conséquence que la délivrance peut se trouver accomplie, sans que la prescription (et par suite la possession) ait commencé, si, par exemple, l'acheteur, après la remise des titres, n'a point fait acte de possession sur la chose. En sens inverse, si je me suis mis en possession d'un immeuble vendu, dont les titres ne m'ont pas encore été remis, la prescription a couru quoiqu'il n'y ait pas eu de délivrance.

Cette idée nous semble froisser et les principes du droit romain et ceux de notre ancienne jurisprudence, et le Code lui-même. Nous pensons que la remise des titres ou des clefs dont il est parlé dans les articles 1605 et 1606, a pour effet immédiat d'investir l'acheteur de la possession, sans qu'il soit besoin d'une occupation matérielle de la part de ce dernier. Celle qui se produira par la suite ne sera pas l'*origine* de la possession, mais seulement *sa manifestation et son exercice*. Nous avons donné les raisons qui peuvent être invoquées à l'appui de cette opinion [1], cependant nous croyons nécessaire d'insister sur ce point.

En droit romain, notre solution ne faisait pas le moindre doute. Il suffit de se reporter au texte de Papinien que nous avons cité ci-dessus. Après avoir supposé que la remise des clefs a été faite *apud horrea*, le jurisconsulte ajoute : *quo facto* CONFESTIM *emptor dominium et* POSSESSIONEM *adipiscitur, etsi non aperuerit horrea : quod si venditoris merces non fuerunt, usucapio* CONFESTIM *inchoabitur* [2]. Certes, ce passage ne manque ni de force ni de précision. — Gaïus s'exprime de la même manière dans la loi 9, § 6, 41. 1. — Ces idées passèrent sans contestation dans notre ancienne jurisprudence : « Le principe qu'il faut une appréhension corporelle de la chose, *pour en acquérir la possession*, souffre exception, dit Pothier, dans le cas de plusieurs espèces de traditions, par lesquelles celui à qui elles sont faites est censé acquérir la possession de la chose, dont on entend lui faire tradition *avant qu'il soit intervenu*

[1] V. ci-dessus, n° 27, A et D.

[2] Fr. 74. 18. 1. — On peut aussi invoquer la loi 1, au Code *De donationibus*, expliquée ci-dessus.

Digitized by Google

aucune préhension corporelle de cette chose. Ces espèces de traditions sont rapportées en notre *Traité du domaine de propriété*, part. I, chap. 2, sect. 4, etc. Nous y renvoyons [1]. » Si nous nous reportons à l'endroit indiqué par Pothier, voici ce que nous y trouvons : Après avoir donné une définition de la tradition qui consiste dans la translation de la possession, et en avoir signalé les différentes espèces, l'auteur s'exprime ainsi, à propos de la tradition symbolique : elle est celle par laquelle on remet entre les mains de la personne à qui on entend faire la tradition d'une chose, non la chose même, mais quelque chose qui la représente, *et qui met en son pouvoir la chose dont on entend lui faire la tradition. Cette tradition est équipollente à la tradition réelle qui serait faite de la chose même* [2]. Pothier cite ensuite la remise des clefs *et celle des titres*, et reproduit la théorie romaine en étant même moins sévère que Papinien pour le premier cas.

Le Code s'est fait l'écho de cette doctrine dans les articles 1604, 1605 et 1606. La définition donnée dans l'article 1604 a été empruntée mot pour mot à Domat, qui l'avait prise lui-même dans les lois romaines. Loin de dire, comme M. Marcadé, que la délivrance *prépare* la possession de l'acheteur, le Code nous déclare qu'elle la lui transfère. « La délivrance est *le transport* de la chose vendue en la puissance et *possession* de l'acheteur (art. 1604). » — Dans les articles suivants, le Code nous indique comment s'exécutera la délivrance; or au nombre de ces moyens figure la remise des clefs et celle des titres. Donc ces faits saisissent l'acheteur de la possession. — Il est d'ailleurs très-naturel que le fait qui dépouille l'une des parties investisse l'autre. — Il n'y a pas à argumenter ici de ce qui a lieu par rapport aux créances. Il existe en cette matière des articles positifs qui viennent restreindre la portée de l'article 1607, en créant un mode de délivrance différent, suivant qu'il s'agit de fixer les relations des parties entre elles ou leur situation vis-à-vis des tiers (art. 1689-1690 C. Nap.). Mais on ne trouve rien de semblable en ce qui concerne la propriété des choses corporelles et leur possession [3].

[1] *Possession*, n° 43.

[2] *Traité des dom. de propriété*, n°s 196 et 199.

[3] *N. B.* Nous verrons plus loin si la possession n'est pas, en certains cas, acquise à l'acheteur dès le moment même du contrat.

Digitized by Google

29. Dans ce qui précède, nous avons supposé que les parties n'étaient sous l'empire d'aucune erreur, n'ayant à nous préoccuper dès lors que du fait matériel. L'existence de l'erreur modifiera ces principes.

L'erreur peut porter sur la chose même, si, par exemple, je livre à Primus le fonds A, et qu'il s'empare, au contraire, du fonds B. Dans ce cas, la possession du fonds A n'a point été transmise; celle du fonds B n'a été acquise qu'originairement. L'obstacle qui s'oppose à la *transmission* de la possession du fonds A provient du désaccord des parties quant à ce fonds.

L'erreur peut encore porter sur la chose d'une autre manière, si, par exemple, l'une des parties a cru recevoir une chose autre que celle qui lui était livrée. Dans ce cas, d'après les principes de la législation romaine, la possession n'était point acquise. « *Si me in vacuam possessionem fundi corneliani miseris,* dit Ulpien, *ego putarem me in fundum sempronianum et in cornelianum iero, non adquiram possessionem, nisi forte in nomine tantum erraverimus, in corpore consenserimus* [1]. »

Cette opinion était celle de tous les jurisconsultes romains. La controverse ne portait que sur le point de savoir si celui qui avait livré avait dans cette hypothèse conservé la possession; Celse et Marcellus enseignaient la négative en se fondant sur ce que la possession pouvait se perdre par la seule intention, sans qu'il fût nécessaire d'en investir un tiers [2]. Ulpien, au contraire, pensait que celui qui avait livré la chose en conservait la possession : il ne voyait dans la livraison qu'un dépouillement conditionnel subordonné à l'investissement de l'acheteur; la condition faisant défaut, la possession n'était point perdue. *Sed non puto errantem adquirere*, ERGO *nec amittet possessionem, qui, quodammodo* SUB CONDITIONE *recessit de possessione* [3].

Nous ne pouvons admettre aujourd'hui la théorie des jurisconsultes romains. Malgré l'erreur de celui qui a reçu la chose,

[1] Fr. 34, pr. 41. 2.

[2] Fr. 18, § 1. 41. 2.

[3] La même controverse existait entre Celse et Ulpien sur la translation de propriété (fr. 18. 12. 1; fr. 36. 41. 1). La théorie d'Ulpien était sans contredit plus rationnelle, au moins quant à la propriété; elle tenait plus compte de l'intention du *tradens*. Cependant il faut reconnaître qu'elle était contraire aux principes du droit romain. L'idée d'Ulpien l'aurait conduit à nier la translation de propriété dans le payement de l'indû, ce qui n'aurait certes pas été accepté par les jurisconsultes romains.

Digitized by Google

la possession doit lui être acquise, sinon à titre dérivé, du moins à titre originaire [1].

En effet, si indépendamment de toute tradition je m'empare d'un fonds croyant en occuper un autre, personne ne dira que cette circonstance m'empêche d'en acquérir la possession. Voici ce qui s'est passé : mon intelligence a été induite en erreur sur l'identité de la chose; mais ce que je croyais, je l'ai cru comme une réalité, et, en conséquence, j'ai, en fait, voulu purement et simplement, et non conditionnellement, posséder la chose que j'avais sous les yeux. Ce développement de mon activité qui s'en est suivi, quoique étant le résultat d'une erreur, n'en constitue pas moins une manifestation de ma personnalité, créatrice de la possession. Une fois ainsi posé sur la chose, je la possède; libre à moi, par la suite de l'abandonner si je reconnais mon erreur, ou d'y rester quand même.

Or la même chose se passe quand l'erreur existe dans une tradition. Quoique j'aie cru posséder le fonds sempronien, en cultivant le fonds cornilien, il n'est pas moins vrai qu'en fait j'ai possédé ce dernier; j'ai dirigé sur lui mon intention et mon activité dans le but de me l'approprier [2].

Nous avons dit ci-dessus que la possession était acquise en ce cas à titre originaire et non à titre dérivé, ce qui entraîne comme conséquence pratique que la possession de celui qui a livré n'a point été transmise à celui qui a reçu la chose par erreur, en ce sens que celui-ci troublé dans sa possession nouvelle ne pourrait point joindre à la sienne celle du précédent possesseur. Ce point demanderait de longs développements et aussi quelques distinctions; mais comme il se rattache plutôt à la théorie de la nullité des contrats qu'à celle de la possession, ce n'est pas le lieu de le discuter ici; nous nous contentons donc d'un simple renvoi [3].

30. Terminons ce que nous avons à dire sur l'acte extérieur par un retour sur la théorie de notre ancien droit et le système que M. de Savigny lui a opposé.

[1] M. Troplong reproduit cependant la doctrine romaine, *Prescript.*, t. I, n° 254.

[2] En ce sens Marcadé, *Prescript.*, art. 2228, n° 6.

[3] On peut consulter, sur les effets de l'erreur dans les contrats, le commentaire de M. Marcadé sur l'article 1110.

Digitized by Google

Nos anciens auteurs avaient cru voir dans les écrits des jurisconsultes romains différentes espèces de traditions. De là la division des traditions en tradition réelle, tradition symbolique, etc. [1]. M. de Savigny a prouvé que l'idée d'une tradition symbolique n'avait jamais été admise par les jurisconsultes romains. Les actes symboliques ne se rencontrent que dans ce qui touche au *jus Quiritium*; ils sont étrangers à ce qui provient du droit des gens tels que les contrats consensuels et *a fortiori* à la possession qui est encore quelque chose de moins juridique. Cela posé, le célèbre jurisconsulte de Berlin substitue à la notion du symbolisme celle de la *possibilité* physique d'exercer un pouvoir sur la chose. Possibilité distincte de tout fait actif et qui doit se trouver dans toute acquisition de la possession. Partant de cette base, il entreprend de concilier et d'éclairer les différents textes de la matière [2].

Nous avons déjà dit ce que nous pensons de cette opinion : au point de vue rationnel, elle est exacte si l'on veut la restreindre à l'acquisition *dérivée*. Au reste, M. de Savigny n'a pas ignoré le reproche que nous adressons à son système, et qui lui avait déjà été fait par Hufeland. Mais, tout en reconnaissant l'importance pratique de l'observation, il persévère dans ses idées : « Une telle distinction peut, dit-il, être admise, pourvu qu'on ne l'adapte pas au principe lui-même, mais à son application [3]. »

En nous plaçant maintenant au point de vue des jurisconsultes romains, nous croyons que M. de Savigny est allé au delà de leur manière de voir. Ils ne paraissent point s'être élevés jusqu'à une notion abstraite du *corpus* considéré comme *relation engendrant une possibilité d'action*. L'idée première qu'ils s'en faisaient était celle d'une appréhension matérielle [4]; la preuve en est que là où cette appréhension n'a point lieu, et où ils reconnaissent cependant la possession, ils disent qu'elle s'ac-

[1] Pour plus de détails sur ce point, nous renvoyons au *Traité de la propriété* de Pothier, où toute cette doctrine est longuement exposée (nos 194, 195, etc.).—Voyez aussi la critique de l'ancienne doctrine qu'a faite M. Troplong dans son *Commentaire de la vente* (art. 1605 à 1607, nos 269 à 271).

[2] M. de Savigny, *Possession*, sect. 2, §§ 14 à 19.

[3] *Ibid.*, p. 213, sect. 2, § 18. Distinction qui nous échappe!

[4] Dans la perte de la possession, ce mot (*corpus*) signifiait le fait par lequel le possesseur s'éloignait de la chose, si c'était un immeuble, ou la rejetait loin de lui, si c'était un meuble.

Digitized by Google

quiert *animo*[1]; c'est par la même raison qu'on peut expliquer l'embarras de certains d'entre eux, que nous avons signalé en commentant le fragment 51, 41, 2. D'autres jurisconsultes semblent être allés plus loin. Là où on n'avait d'abord vu que l'*animus*, tout en reconnaissant la possession, ils ont découvert, à l'aide d'une analyse plus profonde, une appréhension faite à l'aide d'un sens autre que le toucher, la vue. Mais pour caractériser ce nouveau mode ils l'ont rapproché du mode primitif, en le comparant, pour les meubles, à un contact manuel; pour les immeubles, à l'entrée dans le fonds[2]. Toutefois, ce n'était là qu'une assimilation; les jurisconsultes romains distinguaient l'appréhension par le contact corporel de cette espèce d'appréhension visuelle[3].

Deux cas où la doctrine de M. de Savigny semble plus se rapprocher des idées romaines sont ceux où la possession est acquise par la remise de la chose *sub custodiâ accipientis*, ou par suite d'un fait antérieur qui l'avait mise à sa disposition, et auquel vient s'ajouter l'*animus domini*. — Mais quant à ce dernier cas nous avons montré que les jurisconsultes romains n'y voyaient point un fait constitutif du *corpus*[4]. — Quant au premier, il faut reconnaître que l'idée renfermée dans la *custodia* rentre au fonds dans celle du célèbre jurisconsulte allemand. Toutefois, les jurisconsultes romains l'exprimaient par une dénomination particulière, tant il est vrai qu'ils attachaient au mot *corpus* une signification plus restreinte.

Le reproche qu'on peut adresser au système de M. de Savigny (et ce n'en est un qu'au point de vue historique) c'est d'avoir formulé d'une manière scientifique, et en les rattachant à une dénomination unique, des notions que les jurisconsultes romains sentaient plus qu'ils ne les définissaient théoriquement. Un point de vue que l'auteur du *Traité de la possession* a mis dans tout son jour, c'est qu'à Rome on n'a jamais considéré le *contact corporel* comme élément essentiel pour acquérir la possession.

Ces souvenirs du droit romain et de notre ancien droit français n'ont plus aujourd'hui qu'une importance historique au point de vue de la génération des idées. Le Code a balayé les

[1] Fr. 9, § 5. 41. 1.
[2] Fr. 79. 46. 3; fr. 18, § 2. 41. 2.
[3] Fr. 1, § 21. 41. 2.
[4] V. ci-dessus, n° 27, C.

Digitized by Google

distinctions que l'ancienne jurisprudence établissait entre les différentes sortes de traditions, et ne reconnaît que des traditions réelles dont l'élément fondamental est le pouvoir qu'elles donnent à une personne d'user et de disposer de la chose. L'article 1606, tout en parlant de tradition réelle par opposition à celle qui résulte de la remise des clefs ou du seul consentement, n'a point cependant reproduit les expressions de tradition feinte, tradition symbolique, et permet de rattacher toutes les variétés de la tradition à l'idée unique que nous avons indiquée ci-dessus. L. A. MARINIER.

(*La suite à une prochaine livraison.*)

DE LA RÉCIDIVE.

Par M. J. Tissot, professeur de philosophie à la Faculté des lettres de Dijon.

SOMMAIRE.

1. Ce qu'il faut entendre par récidive.
2. La récidive, qu'on l'entende dans le sens générique ou spécifique, a été prise en considération de très-bonne heure.
3. Elle n'a pas été envisagée partout de même.
4. Les différentes manières dont on la considère ne sont pas sans difficultés.
5. Le surcroît de peine qui l'atteint n'en est pas exempt lui-même. — Développement à ce sujet. — Thème à discussion. — Huit arguments :

   a) Si la récidive suppose un degré supérieur de perversité? Conséquences.

   b) Si la récidive est plus coupable comme telle que la complexité des délits[1]?

   c) Si la peine qui atteint la récidive, comme telle, ne tombe pas dans le vice *non bis in idem?*

   d) Si l'élément moral du délit, en cas de récidive, peut motiver l'aggravation de la peine?

   e) Si l'indice qu'on prétend tirer de la réitération d'un délit prouve plus de dépravation morale que la diversité des délits chez un même agent?

[1] La complexité (ou la connexion, et surtout la composition) devrait bien plutôt attirer deux peines, ou une peine plus grave que la récidive, suivant la maxime fort applicable en ce sens : « Actiones præsertim pœnales, de eadem re concurrentes, alia aliam nunquam consumit. » L. *Nunquam actione*, 230, *De divers. reg. juris.*

Digitized by Google

f) Autres bizarreries découlant de l'aggravation de peine attachée à la récidive.

g) Si cette aggravation peut être motivée sur l'insuffisance de la peine pure et simple?

h) Si elle peut l'être sur l'intérêt public?

6. Objection contre ces considérations. — Réponse.
7. Difficultés d'un autre genre soulevées par la question de la récidive.
8. Elles se retrouvent, partiellement au moins, dans l'histoire de la législation criminelle.
9. Comment s'explique et s'excuse cependant l'aggravation de la peine en cas de récidive.
10. Danger prochain de cette théorie.
11. Moyen de le prévenir.
12. Résumé.

Le mot *récidive* signifie rechute. Mais il y a rechute dans le délit en général et dans une espèce particulière de délit. Ce second sens est le plus naturel. Pour qu'il y ait rechute, dans le sens le plus strict du mot, il faut donc que le nouveau délit soit de même espèce que l'ancien. Il faut, de plus, que la rechute soit certaine, c'est-à-dire que les délits aient été constatés judiciairement, qu'il y ait eu condamnation définitive[1]. Mais il n'est pas nécessaire, évidemment, que la peine ait été subie.

Suivant Hérodote[2], les Perses faisaient entrer dans l'estimation de la peine que pouvait mériter un crime, la conduite passée du coupable; cette considération amenait une peine ou plus forte ou plus faible, ou même un acquittement.

Aristote[3] était d'avis que la rechute mérite un plus grand châtiment. Puffendorf s'appuie sur ces autorités[4] et professe la même doctrine.

Les lois romaines punissaient plus sévèrement le délit habituel[5]. Il suffisait même dans le Bas-Empire et en matière religieuse, deux circonstances à remarquer, de la récidive simple pour qu'il y eût habitude aux yeux de la loi[6]. Les relaps étaient traités plus rigoureusement que ceux qui tombaient pour la première fois dans l'hérésie[7].

[1] Le Code napolitain punit la récidive dans le cas même où un premier délit n'a pas été constaté judiciairement. *Rev. crit. de législ.*, t. II, p. 373 et s.

[2] Hérodot., I, 13; VII, 194.

[3] *Rhet.*, I, 14.

[4] *Droit de la nat. et des gens*, VIII, 22.

[5] L. 28, § 3, D., *De pœnis;* L. 1, D., *De jure patronatus*, etc.

[6] L. 3, Cod., *De jure episc.*

[7] C. *ad abolend.* 1, *De hæret.*

Digitized by Google

Les législateurs modernes, sans excepter l'empereur de la Chine, ont suivi les anciens sur ce point. Mais parfois ils changent la nature de la peine, parfois ils l'aggravent seulement, soit en la portant à son maximum, en la doublant même, soit en y ajoutant des circonstances qui en accroissent la rigueur [1]. La récidive n'est considérée, dans ce dernier cas, que comme une circonstance aggravante, tandis qu'elle aurait la vertu, dans le premier cas, de changer la nature du crime.

Le Code de Suède[2], dans le projet du moins; ceux des Pays-Bas [3], de l'Autriche [4], de la Prusse [5], de la Norwége, du Danemark [6], de la Hongrie [7], du Brésil [8], du canton de Vaud [9], sont pour l'aggravation sans changement de peine.

Il y a sur ces législations deux remarques à faire : 1° les unes, comme celles de la France, de l'Autriche et des Deux-Siciles, voient un cas de récidive dans les délits du même *genre,* quoique les *espèces* soient différentes; d'autres, au contraire, ne voient de récidive qu'autant que les délits sont de même nature; 2° les uns prévoient le cas où il y aurait plusieurs récidives, comme le Code de la Louisiane et celui du canton de Vaud, les autres ne s'arrêtent qu'à la récidive en général, sans tenir compte du nombre. Ce sont là des différences notables.

Mais les dispositions les plus remarquables des Codes modernes en matière de récidive sont peut-être celles du Code badois. La peine propre à ce cas ne doit avoir lieu qu'autant que le nouveau délit est du même genre ou d'un genre analogue au premier délit; et cela même, seulement quant à neuf classes de délits indiqués par la loi, et qui ont paru au législateur de nature à dégénérer en habitude [10].

[1] C. pén. français, art. 56-58. — Code des Deux-Siciles, art. 78-91.
[2] *Revue étrang. et franç. de législ.*, etc., t. III, p. 200.
[3] *Ibid.*, t. IX, p. 965 et 966.
[4] Art. 37, nos 1 et 2; art. 42.
[5] Art. 52 et 46.
[6] *Sommaire des législat. des États du Nord*, par ANGELOT.
[7] *Inst. jur. crim. hungar.*, par MATHIAS VACHETICH, p. 167.
[8] Art. 16 et 62.
[9] *Rev. de dr.*, avril 1844, p. 295.
[10] C'est-à-dire pour vol, escroquerie, faux par cupidité, usure, détournement, brigandage, concussion; — crime de fausse monnaie et faux en matière de papiers du trésor; blessures faites avec préméditation, homicide et

Digitized by Google

La peine de la récidive ne peut consister que dans une aggravation du premier châtiment; jamais elle ne peut s'élever à une peine d'un degré supérieur. De plus, le juge du second délit a la faculté de reviser un premier jugement qui aurait emporté condamnation.

Cette dernière disposition est fort étrange. Ce singulier droit de révision, accordé par le législateur à un tribunal de même ordre, sur simples pièces sans doute, est une latitude inouïe. Les preuves, les témoignages peuvent être périmés; la physionomie, par conséquent l'impression morale des débats, ne sauraient être les mêmes. Et si cette révision conclut à la cassation pour simple vice de forme, quel pouvoir exorbitant ne donne-t-on pas à un tribunal non moins sujet à l'erreur que celui dont il peut révoquer la sentence!

Au surplus, ces conséquences pourraient être beaucoup plus fâcheuses si elles devaient aboutir à autre chose qu'à ne pas aggraver la peine réservée au délit pur et simple. A une époque plus reculée, et chez les peuples où le droit romain avait jusque-là exercé moins d'influence que chez la plupart des autres peuples de l'Europe, l'aggravation légale de la peine pour cause de récidive était inconnue. Ainsi, en Danemark, les lois du Jutland furent les premières à punir la récidive. Jusqu'au XIIIe siècle le législateur n'avait pas pris cette circonstance en considération [1].

Depuis les temps païens jusqu'au IXe siècle, la récidive dans le vol n'était punissable, chez certains peuples slaves, qu'à la troisième fois. Elle entraînait le déshonneur, alors même qu'il y avait eu restitution. En Bohême, l'infamie encourue pour vol réitéré jusqu'à deux fois, emportait la perte du droit de paraître en justice. Encore faut-il noter que l'infamie jointe à la peine pécuniaire était une sorte de grâce, puisque le vol d'une chose importante était puni de la potence, alors même qu'il

blessures graves faites en rixes, ou disputes avec violence; violence, viol de personnes au-dessous de l'âge adulte ou privées de sentiment, séduction d'enfants au-dessous de quatorze ans, débauche contre nature; — crime d'incendie, dégradation de propriétés par méchanceté, vengeance ou cupidité; — braconnage; — vagabondage et mendicité; — rébellion, violences publiques, sédition; forfaiture par motif de cupidité. (*Ibid.*)

[1] KOLDERUP-ROSENVINGE'S *Grundriss der dænischen Rechtsgeschichte* etc., p. 222.

Digitized by Google

avait lieu pour la première fois. Mais comme il aurait été dangereux de faire perdre l'honneur pour peu de chose, et peut-être fort injustement, l'accusation de vol, en récidive surtout, n'était accueillie que sur un nombre déterminé de témoignages; si ce nombre n'existait pas, quand même le fait eût été certain d'ailleurs, l'infamie n'atteignait pas le coupable. Plus le rang de l'accusé était élevé, plus le nombre des témoins devait être considérable [1].

Si le but de notre travail l'exigeait, nous aurions à rechercher : 1° jusqu'à quel point est juste une loi qui, comme celle du royaume des Deux-Siciles, veut qu'il y ait une sorte de récidive dans le cas même où il n'y a pas eu de première condamnation [2]; 2° quelles combinaisons amène le principe admis par le Code pénal français, que la récidive légale a lieu encore dans le cas où les délits ne sont pas de même nature, et quelles doivent être les conséquences pénales de ces combinaisons; 3° pourquoi, punissant la récidive, certaines lois ne punissent pas la double, la triple, etc. récidive; 4° enfin si la récidive simple peut mériter une peine d'un degré supérieur [3] ou celle du double [4]. Mais toutes ces questions deviendraient superflues si l'aggravation de la peine en cas de récidive était peu soutenable en équité.

Sans affirmer une supposition qui semble être condamnée par le sentiment universel, et par la pratique de la plupart des peuples, nous avons cependant cru devoir développer les raisons qui semblent militer en faveur de la peine pure et simple, même en cas de rechute.

Disons tout d'abord qu'au point de vue du sentiment nous inclinerions à voir dans le récidif [5] une plus grande culpabilité.

[1] MACIEIOWSKI, *Slavische Rechtsgeschichte* etc., t. II, p. 160.

[2] Art. 85. — Mais aussi le Code napolitain distingue entre la récidive et la réitération. NICCOLO NICOLINI, *op. cit.*, p. 30.

[3] Code pénal français, art. 56.

[4] Ou celle du double, par exemple, comme dans les lois *lombardes*, reproduites plus tard dans les statuts de plusieurs républiques du moyen âge. CANCIANI, *Leges barbaror. antiquæ*, etc., t. I, p. 72, col. 1. — Le Code pénal français est aussi dans ce cas, art. 56, 57, 58.

[5] Le mot est français; quoique moins en usage que celui de récidiviste, il est beaucoup plus dans l'analogie de notre langue. Récidiviste est régulièrement l'adjectif qui correspond à récidivisme, comme socialiste correspond à socialisme. Récidif, au contraire, est dans la même analogie avec récidive que

Digitized by Google

Sous ce rapport, nous nous trouvons d'accord avec la plupart des législateurs et des criminalistes philosophes. Mais la réflexion nous semble soulever les nombreuses difficultés suivantes :

1. Si la récidive est une circonstance aggravante, parce qu'elle suppose, dit-on, un degré de perversité de plus, pourquoi une double récidive ne serait-elle pas une circonstance plus aggravante encore, et ne devrait-elle pas être punie, comme le veulent très-logiquement certains législateurs, de peines supérieures à celles qui sont réservées à la simple récidive?

Serait-ce parce que plus les récidives se multiplient, plus l'habitude du mal s'invétère, et que, moins l'homme est libre, moins il est coupable? L'ivrogne éprouve beaucoup plus de peine à ne pas s'enivrer quand il en trouve l'occasion; il y est entraîné bien plus fortement que l'homme qui a des habitudes de sobriété. La vertu de celui-ci peut ne rien lui coûter; elle peut même être un besoin pour lui; tandis que celui-là peut gémir de sa faiblesse, en souffrir, tout en y cédant après avoir essayé de la combattre. Où sera la vertu? Du côté du délinquant, on est obligé d'en convenir.

Mais on fait, avec Puffendorf, de l'habitude même un délit, sous prétexte qu'il n'aurait pas fallu la contracter. — Cela est facile à dire. Sans disputer sur les débuts du vice, sur les penchants divers plus ou moins prononcés, sur les positions différentes où se trouvent les hommes, sur les divers degrés d'inclinaison de la pente du vice, suivant les circonstances, etc., ne peut-on pas soutenir avec assez de vraisemblance qu'il n'est pas équitable d'imputer à crime toutes les mauvaises conséquences possibles d'une funeste habitude qui se contracte, au moment et par le fait seul qu'elle se contracte, de la même manière précisément que si toutes ces conséquences criminelles étaient d'abord commises avec une pleine liberté? Non, elles ne sont pas voulues dès le début de l'habitude, puisqu'elles ne sont pas même prévues. Une fois l'habitude contractée, ces conséquences mauvaises sont voulues sans doute, mais sous l'influence tyrannique de la passion.

Si ce sont là les raisons qui ont fait fermer les yeux à la plu-

craintif avec crainte, hâtif avec hâte, pensif avec pensée, etc. La terminaison *if* indique plutôt l'habitude et la faculté; la terminaison *iste* la qualité de savant, de sectaire, etc.

Digitized by Google

part des législateurs sur les récidives multipliées, nous le concevons; mais nous ne pouvons pas les trouver conséquentes si, d'accord avec le Code de Justinien, ils regardaient déjà la récidive simple comme une habitude. Ou ne punissez pas l'habitude, ou punissez-la. Mais si c'est bien elle que vous punissez, soyez d'autant plus sévère qu'elle se montrera plus persévérante. Et alors, loin de vous laisser vaincre par elle, armez-vous de rigueurs toujours croissantes. Si ce n'est pas elle, au contraire, que vous prétendez frapper, ne voyez donc plus que chaque délit en lui-même, et ne parlez plus de récidive.

2. Une autre contradiction, c'est qu'il vous plaît de ne voir qu'un délit dans une foule de cas où il y en a plusieurs, et vous n'appliquez qu'une seule peine sous prétexte que les autres ne sont que des circonstances aggravantes. Ici, au contraire, un délit qui a été commis, il y a plus ou moins de temps, des mois, des années, qui a été expié, vous le faites revivre, tout effacé qu'il est du livre de la justice, pour y trouver un prétexte de sévir plus fortement contre le délit nouveau! Dans un cas, vous ne punissez pas tel délit parce qu'il est conjoint; dans un autre, vous le punissez doublement parce qu'il est isolé, disjoint! Je dis que vous le punissez doublement, puisqu'en effet il a été puni déjà, et qu'il devient encore par une sorte de connexion forcée, le prétexte d'un plus grand châtiment à l'égard d'un second délit. Vous ne voulez pas voir la connexion quand elle existe, ou vous n'en tenez qu'un compte secondaire, tandis que vous l'opérez violemment quand elle n'existe pas, pour avoir occasion de vous montrer plus rigoureux.

3. Ce n'est pas, dit-on, le premier délit qui se trouve ainsi ressaisi; ce n'est pas non plus le second, qui n'est pas plus grave en lui-même que le premier. Qu'est-ce donc que vous punissez alors? C'est, dites-vous, l'excès de perversité, un plus haut degré de méchanceté, qui se trahit par le fait seul de la récidive. C'est là votre raison capitale, en voici l'appréciation :

a) Vous convenez que vous ne devez point punir les intentions, la volonté, les désirs, quelques répréhensibles qu'ils soient moralement. Ces faits internes ne sont pas en eux-mêmes des délits, bien qu'ils soient des péchés. Sans doute, on ne doit punir que les délits commis avec intention, avec connaissance légale de cause; mais vos lois n'exigent rien de plus; elles ne

Digitized by Google

s'occupent pas du degré de la volonté, du désir, de l'intention. Elles ne pourraient le faire alors même qu'elles le voudraient. Il suffit donc, pour qu'il y ait peine applicable, qu'il y ait imputabilité légale. Le surplus des sentiments de l'agent est abandonné à son for intérieur ou au jugement de la divinité, qui seule est capable de l'apprécier avec une parfaite justesse. Qu'est-ce donc que la loi punit en général? Quelle est la seule chose qu'elle doive punir? Le préjudice occasionné par un acte imputable, la lésion actuelle d'un droit acquis.

C'est donc la matière du délit volontaire qui est la mesure de la peine et nullement le *degré* de méchanceté dans l'intention [1]; autrement, je le répète, vous frappez ce qui n'est pas un délit; vous oubliez le droit pour la morale, vous vous trompez de mission; vous tombez en contradiction avec vos propres théories sur la tentative, théories où vous avez parfaitement reconnu qu'un crime conçu, projeté, à l'état de résolution pure et simple, à l'état interne, n'est pas susceptible d'être puni, alors même qu'il vient à se trahir par des faits d'ailleurs innocents en eux-mêmes.

b) Prétendre mesurer le degré de méchanceté, et non simplement l'acte méchant, et au degré où cette méchanceté se révèle par ce qu'elle contient d'attentatoire aux droits d'autrui, c'est oublier que la justice criminelle n'a pas pour objet la rétribution du mal physique pour le mal moral, qu'elle ne repose point non plus sur le principe de l'expiation; ces principes erronés ont été désavoués; ils ont dû l'être. La justice humaine, en matière pénale, est la rétribution du mal physique pour le mal physique méchamment occasionné, dans la mesure permise par la justice ou l'égalité, ou dans une mesure inférieure, puisque la société a le droit de remettre une partie de la peine qu'elle pourrait justement infliger.

c) Elle n'est donc pas tenue à une stricte rétribution, à la justice absolue; cette justice pousserait d'ailleurs à l'atrocité. Ce n'est donc pas non plus au nom d'un semblable principe que vous pouvez réclamer un surcroît de sévérité dans la peine qui va frapper le récidif. Autrement votre législation serait mille fois surprise en défaut, mille fois elle mériterait le re-

[1] Sauf le bénéfice des circonstances atténuantes, qui n'est point en cause; il ne s'agit ici que d'une chose, de savoir si la récidive peut être une circonstance aggravante.

Digitized by Google

proche de manquer à la justice, particulièrement lorsqu'elle laisse cumuler les délits sans cumuler les peines.

d) Vous punissez l'excès de perversité dans la récidive! Et moi, je vous dis que cet excès peut n'être qu'imaginaire. En effet, tel individu qui commet un premier délit peut être passible déjà du *maximum* de la peine, tandis que le second délit, s'il était seul, ne serait passible que du *minimum*. Vous voyez là un surcroît de perversité! Moi, j'y vois, malgré la récidive, un amendement. Et cet amendement est d'autant plus considérable que la passion pourra être devenue plus forte par l'habitude, que le besoin serait plus pressant, etc. Qu'on se rappelle ce qui a été dit d'abord au sujet de l'habitude.

L'habitude! Punir l'habitude! Y pense-t-on? Il y a trois choses dans l'habitude active : le *fait extérieur;* le *mouvement interne* qui y porte avec plus ou moins de force par suite de la réitération plus ou moins fréquente de l'action, espèce de mouvement automatique; puis enfin, pour ceux qui jugent, l'*identité* et la *succession* de ces actes comme étant de même nature, comme s'enchaînant dans le temps, comme ayant des causes particulières psychiques et organiques profondes, peu connues. Or, je le demande, où est ici cette perversité dont on parle, punissable pour elle-même, ou parce qu'elle se trouve suivie d'un acte dommageable? Est-ce dans le fait extérieur? Non, il est par lui-même dépourvu de toute moralité. Est-ce dans l'impulsion interne? Non, elle n'est pas légalement imputable; elle ne l'est pas même moralement en tant que mouvement automatique ou habituel proprement dit. Est-ce dans ces jugements, ces abstractions qui nous distinguent des animaux et qui engendrent la notion de l'habitude? Bien moins encore, puisqu'un tiers peut les porter fort impunément. Il n'y a cependant pas autre chose dans l'habitude. Faites encore la part de l'intelligence, de la passion, de la liberté, vous ne trouverez rien là qui soit un délit, rien en soi de punissable.

L'habitude n'est donc pas punissable en elle-même.

Le serait-elle parce qu'elle serait accompagnée d'un acte dommageable? Eh quoi! cette connexion par elle-même serait un crime!

C'est donc l'acte injustement dommageable qui peut seul, qui doit seul être puni, et pour autant qu'il est nuisible. Voilà le vrai.

Digitized by Google

4. On insiste et l'on prétend qu'il y a deux choses dans un délit, deux éléments, l'un matériel et l'autre moral, et que c'est le second qui doit servir de base à la peine. — J'accorde bien la première de ces propositions, mais je nie la seconde. Indépendamment des raisons déjà alléguées plus haut, je ferai remarquer que l'on se méprend sur le rôle que doit jouer en droit criminel l'élément moral. On ne voit pas que la justice humaine ne peut et ne doit s'occuper à cet égard que de la question de savoir si le fait a été volontaire et suffisamment éclairé, mais que la question du degré de la volonté, des motifs de cette volonté, ne peut être prise en considération pour aggraver la peine, du moment qu'il y a intelligence suffisante ou présumée telle. S'il fallait tenir compte des motifs divers, moralement innocents, moralement bons même, au point de vue de la conscience individuelle de l'agent (et quel est celui qui, en définitive, ne juge pas par sa propre conscience?), il n'aurait pas fallu écarteler Jean Châtel, ni Ravaillac, ni Damiens, ni les autres fanatiques, mais tout au plus les enfermer. Ce n'est pas l'exécration de la postérité qu'ils auraient méritée, mais les palmes et les honneurs du martyre. Voilà cependant à quelles conséquences aboutit le principe que la peine doit être la suite de l'immoralité subjective de l'action et du degré de cette immoralité.

Prétendrait-on par hasard que la moralité de cette action ne doit pas être prise de la conscience de l'agent, mais de celle du public ou des juges? D'abord on sortirait de l'hypothèse; ensuite on se placerait sur un terrain qui, pour être nouveau, ne serait pas plus tenable. Il y aurait premièrement une injustice souveraine à punir, au nom de la morale, des actes dont on mettrait cependant de côté la seule chose qui leur donne un caractère moral, l'intention de l'agent. Il faudrait, en second lieu, admettre alors que la conscience de l'individu n'est point une règle d'action qu'il soit obligé de suivre, et que si l'opinion (et quelle opinion!) lui suggère un crime, il peut le commettre en toute conscience, quelle que soit sa propre manière de voir. Comment se ferait-il encore qu'il y eût une morale publique s'il n'y avait pas de conscience morale individuelle? Cette hypothèse, on le voit, sape la morale dans ses derniers fondements, et renverse ainsi le principe qu'on voudrait établir, à savoir, que la peine et son degré doivent être la conséquence de l'élément moral qui se rencontre dans le délit.

Digitized by Google

En résumé, c'est oui ou c'est non; si c'est oui, outre que vous entreprenez sur les jugements de Dieu, que vous tentez l'impossible, que vous tombez dans l'arbitraire, que vous confondez des sciences pratiques fort distinctes, vous donnez un blanc-seing au fanatisme de toutes les couleurs; si c'est non, vous succombez sous le poids d'une contradiction.

Nous ne sommes ni le seul ni le premier qui ayons aperçu ce danger. M. de Rotteck dit très-bien : « C'est une témé-» rité de déterminer le degré de la peine d'après des rai-» sons morales, et une témérité dix fois plus grande de pré-» tendre donner à une pareille détermination la vertu d'une » loi juridique, par conséquent une autorité extérieurement » répressive (*Zwangsweis zu handhabende Giltigkeit*). Il est » absolument impossible ici d'arriver à une vue claire, incon-» testable, et d'une valeur objective; c'est donc ouvrir toutes » les portes à l'arbitraire le plus déplorable chez le législateur » et le juge, que de déterminer les peines d'après une estima-» tion morale[1]. »

Ce n'est pas à dire que la morale ne doive pas être respectée dans les lois pénales, dans le choix des peines comme dans leur degré; mais ce n'est là qu'une barrière, un principe négatif, et nullement le principe positif qui sert de base à la pénalité. Ce principe, suivant le même auteur, est celui d'une *juste rétribution*, c'est-à-dire, d'une rétribution *proportionnée à la gravité du délit*, gravité qui s'estime par le mal occasionné volontairement. Ce n'est pas là, dit-il, la loi du talion, absolument pas : le talion se règle sur le fait sans le comprendre; le principe de la rétribution proportionnelle est lui-même subordonné à celui de la justice, et ne sert qu'à déterminer la nature et la mesure de la peine sous la direction du principe de justice. Ces deux principes doivent toujours être réunis[2].

Cette doctrine est, comme on voit, celle que nous professons.

5. Qui n'aperçoit une autre contradiction encore dans le principe que nous combattons? Si la récidive ne doit être punie plus sévèrement que parce qu'elle est un indice d'une plus grande perversité, que va-t-il arriver? C'est que partout où cet indice se révélera, il faudra punir ainsi.

[1] *Lehrbuch des Vernunftrechts* etc., t. III, p. 236.
[2] *Ibid.*, p. 231 et suiv.

Digitized by Google

Or, il faut en convenir, celui qui commet plusieurs forfaits de différentes natures, n'a pas même pour lui l'excuse de cette sorte d'habitude qui tient à la perpétration d'un délit de même espèce : il n'y a plus ici que l'habitude du genre, mais pas celle de l'espèce. En sorte que si l'on admet avec quelques législations le principe, que la récidive n'est un cas d'aggravation qu'autant qu'elle a lieu dans l'espèce et non dans le genre, un individu pourrait épuiser dans sa conduite toutes les catégories de crimes enregistrées dans le Code pénal, sans être punissable d'un surcroît de châtiment pour cause de récidive, alors même qu'il aurait choisi dans chaque espèce le cas le plus grave. A côté d'un pareil saint pourrait se trouver un malheureux récidiviste qui n'aurait de sa vie commis que deux délits, et des moins qualifiés, et il serait cependant jugé assez perverti pour mériter le maximum de la peine affecté à son délit, et peut-être encore le double de ce maximum, et peut-être même une peine supérieure et d'une autre nature ! O justice ! sainte justice ! que deviens-tu entre les mains des jurisconsultes si inviolablement attachés à la morale ! Et la morale elle-même n'aurait-elle pas aussi quelque raison de se plaindre ? C'est ainsi qu'en confondant ces deux sciences on les dénature l'une et l'autre, on corrompt le droit par la morale et la morale par le droit.

6. Veut-on voir d'autres déplorables bizarreries sortir du système de l'aggravation pour cause de récidive, surtout dans le système où il n'y a de récidive aggravante qu'autant que le délit est de même espèce, de même dénomination, ou de même catégorie de gravité aux yeux de la loi ? En voici quelques-unes encore :

a) Un voleur a été condamné une première fois au *maximum*. Une seconde fois, son vol est plus grave, moins excusable : *maximum* encore par conséquent. Je ne m'occupe plus du côté moral de la question ; mais je me demande où est l'aggravation de la peine par suite de la récidive. Je pourrais demander aussi ce que devient la logique.

b) Un autre individu assassine d'abord ; plus tard, il vole[1].

[1] On me répondrait peut-être par l'article 57 du Code pénal ; mais outre que je n'ai point affaire à une législation plutôt qu'à une autre, je répliquerais que la disposition de cet article est contraire au principe qui veut que la récidive n'ait lieu que pour des délits de la même espèce.

Digitized by Google

Pas de récidive, pas de *maximum* cette fois. Mais un autre encore qui n'a pas assassiné, qui n'a fait que voler, même peu de chose, et dans des circonstances telles, qu'en vérité il a fallu la loi, et une loi stricte pour le condamner, volera de nouveau et dans les mêmes circonstances. Cette fois il y a récidive; et quoiqué son vol soit plus excusable que celui de l'autre voleur, quoiqu'il n'ait jamais trempé ses mains dans le sang, il sera condamné au maximum! le tout au nom de la morale et parce qu'il est plus pervers!

c) Un troisième est récidiviste, sans doute; mais il a droit, d'ailleurs, à des circonstances atténuantes. Voilà le juge plus embarrassé que l'âne de Buridan. Dirait-on bien comment il pourra appliquer le maximum et le minimum tout à la fois? Il s'en tirera, sans doute, par un juste milieu. Mais un peu d'injustice et un peu de justice, par malheur, est encore de l'injustice. Que fera-t-il donc? Je sais bien ce qu'il y aurait à faire dans notre législation, par exemple, si l'article 56 n'existait pas, et le juge ne serait pas plus embarrassé que moi. Il le fera taire, sans doute, au nom de l'article 463[1], et du principe *favores sunt ampliandi*: mais l'*in dubio abstine*, qu'en fera-t-il? Il ne peut pas ne pas juger. Il complétera l'*in dubio* en ajoutant *si agere non necesse est*; c'est du moins ce que nous ferions.

7. On se fonde encore sur l'insuffisance démontrée de la peine soufferte, puisqu'elle n'a pas corrigé le récidiviste. — Cet argument est l'un des plus faibles, des plus faux et des plus odieux.

a) La peine n'a pas civilement pour but essentiel de corriger.

b) Elle aurait pour but de corriger qu'elle ne pourrait encore dépasser la juste mesure marquée par la gravité même du dé-

[1] La Cour de cassation a varié à ce sujet : arr. cass. 3 février 1814 (*Bull.*, n° 11); arr. cass. 22 septembre 1820 (Bourguignon, t. III, p. 48); 2 février 1827 (*Bull.*, p. 25). Pourquoi cette dernière jurisprudence, qui étend le bénéfice de l'article 463 aux cas des articles 57 et 58, ne profiterait-elle pas également aux cas de l'article 56? C'est cependant ce qui semblerait n'être pas d'après MM. Hélie et Chauveau, t. I, p. 308, 2e édit. Nous pensons néanmoins le contraire, et, nous fondant sur la nature des choses, nous raisonnons *à fortiori* des dispositions des articles 57 et 58 à celles de l'article 36, et nous arguons des paroles du rapporteur à la Chambre des députés, lors de la révision du Code pénal en 1832. — V. *Théorie du Code pénal*, p. 318 et 340; ouvrage d'ailleurs excellent, d'un esprit vraiment philosophique, et où nous nous sommes inspiré plus d'une fois.

Digitized by Google

lit, aux yeux de ceux qui admettent que la justice doit servir à mesurer la peine, en ce sens que la peine ne peut excéder cette mesure, alors même qu'elle peut rester au-dessous.

c) Si l'on admet, sans cette restriction voulue par la justice, que la peine doit être portée au degré nécessaire pour corriger le coupable, qu'elle n'est censée suffisante qu'à cette condition, voici les belles conséquences qui découlent de cet équitable principe.

Il faudra élever vos peines, non-seulement au maximum, comme vous le désirez, mais à un degré quelconque, jusqu'à la peine de mort s'il y a lieu; et cela pour tout délit réitéré quel qu'il soit, fût-ce la plus légère contravention. Acceptez-vous ces conséquences, vous qui blâmez déjà, non sans raison, la sévérité de vos propres lois, mille fois plus indulgente cependant que votre principe?

Ce n'est pas tout, il faudra que vous éleviez toutes vos peines, dans l'application, même pour le cas où elles sont violées pour la première fois. En effet, quiconque viole la loi n'est point suffisamment effrayé de la peine qui l'attend. Cette peine n'est donc pas suffisante.

Direz-vous qu'elle le sera peut-être quand il l'aura endurée, et qu'il la connaîtra mieux? Je l'accorde, mais je vous prie d'être conséquent. Qui vous dit que la même peine, endurée une seconde, une troisième fois, ne sera pas suffisante aussi pour prévenir une nouvelle rechute? Vous supposez le contraire, parce qu'elle n'a pu contenir une première fois le coupable, et qu'il est à présumer, dites-vous, qu'elle n'aura pas plus d'empire une seconde fois que la première. Cette présomption ne me semble point légitime, d'abord parce qu'une peine devient d'autant plus intolérable qu'elle est plus réitérée, à moins qu'elle ne perde, par l'habitude de la supporter, toute son efficacité.

Cette présomption a un autre tort encore, c'est d'en être une. Il n'est pas juste de punir préventivement ou pour un délit qui n'est pas commis. On tombe alors dans le faux système qui place la défense préventive ou la peine anticipée à la base du droit criminel. On convertit toute la législation pénale en lois contre des suspects.

Il est inutile de répondre que cette suspicion n'a lieu que contre les récidivistes; car elle est légitime, même à leur

Digitized by Google

égard, ou elle ne l'est pas. Si elle ne l'est pas, pourquoi cette iniquité ne pourrait-elle pas également s'étendre à d'autres? Si elle l'est, qui donc aurait le droit de s'en plaindre, et à quoi bon dès lors une distinction?

Mais non, encore une fois, il n'est pas juste de punir un délit possible, un délit même probable. Et c'est ce que vous faites cependant lorsque vous fondez l'aggravation prise de la récidive, sur la crainte d'une rechute nouvelle, sur un défaut suffisant de correction.

Notez, en outre, que si vous faites entrer l'exemplarité dans le but des peines, il faudra les élever par cette raison encore contre tous les délinquants qui seront à leur début; car il sera prouvé par le fait que l'exemple n'a pas été assez frappant. Et alors dans quelle voie de terreur n'êtes-vous pas engagés et jusqu'où ce système d'atrocité ne vous conduira-t-il pas?

8. Tout à l'heure c'était l'intérêt de l'individu, sa moralité qu'on alléguait, son immoralité plutôt; à présent, c'est l'intérêt public, la sûreté commune qui, dit-on, n'est pas suffisamment sauvegardée sans cette aggravation de peine.

Mais encore une fois si cette sûreté est la mesure de la peine, soyez donc atroce, draconiens, vous serez peut-être plus assurés de votre fait. Je dis peut-être; je devrais dire qu'il n'en est rien, puisqu'il est prouvé par les faits, comme par l'analyse du cœur humain, que plus une législation est cruelle, plus elle est détestée, plus les mœurs sont féroces, plus les lois sont méprisées, plus il y a de scélératesse.

Faut-il donc tant de paroles pour établir que la peur n'est pas la base légitime du droit de punir? Prenez toutes les précautions propres à vous rendre la sécurité, mais que ces précautions n'aillent pas jusqu'à frapper des délits encore imaginaires, si probables qu'ils puissent vous paraître.

La sûreté publique (je ne dis plus la sécurité) n'est pas même la mesure de la peine, sans quoi il faudrait punir d'autant plus fortement que le délit serait plus probable, parce qu'il est plus commun, alors même qu'il serait peu grave en lui-même. Or il n'appartient pas à la société de punir ainsi en raison du nombre, abstraction faite de la gravité; car c'est alors punir un individu non-seulement pour son propre méfait, à lui, mais encore pour le méfait de ses concitoyens. Qu'on élève la peine si elle est susceptible de l'être, c'est-à-dire si elle n'est déjà pas

Digitized by Google

proportionnée à la gravité du délit, mais qu'on ne voie point une gravité supérieure dans une sorte de maladie endémique qui rend le délit contagieux. Si c'est là un mal, il doit être guéri par d'autres moyens mieux en rapport avec la véritable cause du mal.

Voilà les grands torts, au moins apparents, de l'aggravation prise de la récidive. Un célèbre criminaliste, Carnot, avait déjà fait remarquer qu'il n'est pas juste de se rappeler qu'un premier délit a été commis et d'oublier qu'il a été puni; que d'ailleurs un premier délit n'est point une circonstance d'un second; qu'infliger à celui-ci une peine plus grave à cause de celui-là, c'est violer la maxime *non bis in idem* [1].

Toutes ces considérations ne nous semblent sujettes qu'à une seule difficulté sérieuse, celle de savoir comment on les concilierait, d'une part, avec les circonstances atténuantes ou aggravantes prises du caractère moral de l'agent; d'autre part avec la peine qui atteint la tentative, même dans le délit manqué.

Cette objection n'est cependant pas insoluble. On peut dire relativement à la première difficulté :

1° Qu'il est bien permis de tirer de la moralité présumée du sujet des motifs d'atténuer sa peine, puisque la peine proprement dite, et surtout un certain degré de peine, n'est pas d'obligation pour la société qui l'impose.

2° Que les circonstances de cet ordre qui paraissent aggravantes devraient toujours être écartées, et le degré de la peine n'être déterminé que d'après la douleur ou le préjudice occasionné, la difficulté ou l'impuissance où était celui qui en a souffert d'y échapper. Cette manière d'envisager le délit dans toutes ses circonstances et ses effets relativement à celui qui en souffre, conduirait tout aussi sûrement au maximum de la peine que les considérations morales d'un autre genre. Tout serait donc concilié, et l'on ne serait pas exposé à faire de la vengeance en rendant la justice.

Les mêmes principes nous conduiraient à ne punir dans le délit tenté, manqué, etc., que le mal commis réellement, et jamais l'intention, ni la préparation, ni l'exécution inoffensive en soi. Mais on pourrait considérer comme un mal punissable la frayeur occasionnée, le trouble et l'inquiétude jetés dans l'es-

[1] *Comment. du Code pénal*, t. I, p. 162.

Digitized by Google

prit de celui contre qui la tentative aurait eu lieu, l'alarme répandue au dehors, en un mot tout le mal qui a été fait réellement. De cette manière encore, la tentative suspendue ou empêchée par une puissance étrangère (délit tenté ou manqué) serait punie dans sa juste mesure, et l'on ne s'égarerait pas dans de subtiles et dangereuses distinctions.

Quoi qu'il en soit, il y a d'autres questions fort importantes à décider dans la récidive : 1° Le temps ne fera-t-il rien à l'affaire, ou ne sera-t-on réputé récidif qu'autant qu'il y aura rechute dans un intervalle de temps déterminé? 2° Sera-t-il encore indifférent d'avoir entièrement subi sa peine, ou de ne l'avoir subie qu'en partie, ou de l'avoir prescrite? 3° Suffira-t-il même de l'avoir méritée, et d'avoir prescrit l'action publique? Quel sera enfin le surplus de la peine affectée à ce surplus de culpabilité?

On sent toute l'importance de ces questions. Si par exemple on fixe une durée de six mois, d'un an, etc., passé lequel temps un individu n'est plus exposé à se voir condamner plus sévèrement pour cause de récidive; il s'ensuivra que celui qui sera assez habile, assez maître de lui-même pour attendre que cet intervalle de temps soit expiré, pourra récidiver impunément tant qu'il voudra, quant à la circonstance aggravante du moins; tandis qu'un autre plus faible, plus excusable, ayant peut-être, en somme, récidivé moins de fois, sera cependant puni plus fortement, quoique moins coupable. Nouvelle raison de renoncer à se prévaloir de l'état moral de l'individu dans ce système.

On a varié beaucoup sur cette question de temps. Le tort est peut-être d'avoir voulu la résoudre. Il aurait au moins fallu alors appeler l'attention du juge sur la question de savoir si l'individu qui n'a pas récidivé dans le délai voulu a pu ou n'a pas pu faire autrement. Il est vrai qu'on ne peut conclure de cette heureuse impuissance qu'il y aurait eu récidive dans le cas contraire; mais c'est peut-être aussi une raison d'être moins sévère pour ceux qui ont succombé plus tôt à une tentation de tous les jours et de tous les instants.

D'un autre côté, ne rien décider en fait de temps, c'est s'exposer à faire perdre le fruit de tous les efforts qu'a pu déployer un coupable pour ne pas retomber plus souvent. Ce n'est là, il est vrai, qu'un mérite moral négatif, qui n'est pas toujours très-évident, et que la société n'est point tenue de récompenser.

Digitized by Google

Il vaut donc mieux, en définitive, que le législateur garde le silence à cet égard, et qu'il abandonne ce côté de la question à la conscience du juge.

Quel que soit le temps qui sépare un premier délit d'un second délit de même nature, la présomption du changement moral est démentie par le fait; et dès qu'on est sur la mauvaise pente de ce genre d'aggravation, il faut avoir le courage de s'y tenir, et de punir une récidive comme telle, si tard qu'elle puisse venir. Il y aurait de fortes raisons *morales* à l'appui de cette thèse, mais ce seraient des raisons morales seulement.

S'il est indifférent, pour être condamné comme récidif, d'avoir subi entièrement sa peine, ou de ne l'avoir subie que partiellement, ou de ne l'avoir pas subie du tout, ce qui est notre avis dans le système, comment peut-on argumenter en faveur de ce système, en motivant l'aggravation de la seconde peine sur l'insuffisance de la première? Comment peut-on savoir qu'elle a été insuffisante, puisqu'elle n'a pas été subie, ou qu'elle ne l'a été qu'en partie? — Nouvelle déraison encore.

Nul n'est censé coupable s'il n'a été condamné; et dès lors celui qui a prescrit l'accusation à l'occasion d'un premier délit, ne peut être regardé comme récidif quand il est poursuivi pour un second.

Le surplus de la peine affectée à la circonstance de la récidive doit être, au jugement des plus sages jurisconsultes et des législateurs les plus intelligents, le *maximum* de la peine affectée au délit : la circonstance de l'aggravation, disent-ils, ne change pas la nature du délit; on ne peut donc le frapper d'une peine réservée à un délit supérieur. On pense bien que ce moindre mal est aussi préféré par nous à un plus grand. Nous ne serions pas moins disposé à voir la circonstance de la récidive paralysée par une réhabilitation qui serait une *restitutio in integrum*, une reconnaissance de l'égarement de la justice. La grâce fait présumer qu'elle est méritée, et semblerait devoir procurer les mêmes avantages. Quant à l'amnistie, c'est un pardon avant jugement, comme la grâce est un pardon après jugement. Même raison donc de décider semblablement, d'autant plus qu'il n'y a pas eu de condamnation. Nous ne faisons ici

[1] Au nombre desquels il faut encore placer celui de la Chine. — V. *Code pénal chinois*, t. I, p. 75-77.

Digitized by Google

que du droit théorique pur; nous n'interprétons point le Code pénal français; on est prié de ne point l'oublier.

Nous avons reproduit sincèrement tout ce qui a été dit, à notre connaissance, en faveur de l'aggravation, et nous croyons l'avoir apprécié à sa juste valeur. On nous réfutera difficilement, croyons-nous; mais nous sommes persuadé aussi que nous aurons convaincu peu de monde, et qu'on restera avec le préjugé de la convenance de l'aggravation de la peine. C'est là plus qu'un préjugé; c'est une sorte d'instinct très-explicable par le ressentiment de la vengeance et par la persuasion où l'on est qu'en frappant plus fort on corrigera plus sûrement. Mais si la vengeance est un mauvais sentiment, et si la correction n'est pas un bien qu'il s'agisse d'obtenir à tout prix, il est clair qu'on ne justifiera pas l'aggravation pénale par cette double raison. Il faut en chercher une autre.

Reportons-nous donc à une question plus élevée, celle qui est le fondement du droit criminel : la société a-t-elle le droit de punir, ou n'a-t-elle que le droit de se défendre? Comme nous traiterons ailleurs cette question plus convenablement, il nous suffira d'en anticiper ici la solution, et de raisonner en conséquence.

Si la société n'avait que le droit de punir proprement dit, c'est-à-dire d'infliger un mal pour un autre, sans aucun intérêt d'ailleurs, ou même en se proposant pour but l'amendement moral du coupable, elle ne pourrait, sans injustice, lui faire plus de mal qu'il n'en a fait, ou plutôt qu'il n'en a voulu faire; elle ne pourrait plus même lui en faire aucun, du moment qu'elle le croirait repentant, si le changement moral était la fin recherchée par la peine. Dans le système du droit de punir, l'aggravation pénale de la récidive est donc absolument inexplicable.

Reste le droit de défense. On dit avec raison que le droit de défense est indéfini. En effet, il n'a pas sa mesure en lui-même, mais bien dans le degré d'énergie rendu nécessaire par l'attaque et pour la repousser. Quelles que soient la nature et l'importance de l'objet du droit attaqué, par cela seul qu'il y a droit, que tout droit est sacré, celui qui le possède est par là même investi du droit de le défendre par tous les moyens rendus nécessaires. C'est l'agresseur qui se fait cette position plus ou moins fâcheuse; c'est à lui seul qu'elle est imputable. Et

Digitized by Google

pour porter de suite les choses à l'extrême, s'il doit succomber dans la protection du droit le plus minime qu'il attaque, c'est-à-dire si ce droit ne peut être efficacement protégé qu'à cette déplorable condition, celui qui le défend par de semblables moyens n'est pas moins innocent en droit strict, si répréhensible qu'il puisse être en morale, que le propriétaire qui aurait entouré son verger d'une grille armée de pointes, si un maraudeur qui aurait voulu la franchir venait à s'y embrocher.

La défense est non-seulement un droit, mais elle est, de plus, inséparable du droit d'être, en principe, suffisante ou efficace.

Or, le législateur qui est en présence d'une récidive possible après un premier châtiment enduré, peut raisonnablement penser que les moyens de défense établis pour le premier délit, et fondés uniquement sur le principe de l'équité pénale ou de la réciprocité, ne sont pas suffisants pour garantir la société; il n'a pas du tout à s'occuper du degré de liberté, de moralité du récidif. Il n'en est pas, il n'en peut pas être juge. Il n'a qu'une mission, celle de protéger le droit des citoyens par les mesures rendues nécessaires. Et cette protection comprend même les droits du coupable, qui ne doit être puni que dans une juste mesure. Or, cette mesure est juste d'abord quand elle ne dépasse point le mal occasionné par le délit; elle l'est encore et ensuite quand, dépassant le mal occasionné par la récidive, elle n'est cependant regardée, par une raison saine et calme, que comme purement suffisante pour contenir un ennemi plus ou moins déclaré de la justice.

On ne peut pas dire qu'à ce compte, si le législateur s'imagine qu'une peine qui dépasserait le préjudice est nécessaire pour protéger suffisamment la société, il a le droit d'en frapper les premiers délits. C'est là une présomption qu'il ne peut établir équitablement. Il n'y a jamais lieu de penser, en effet, qu'une société se compose généralement d'hommes qui veuillent leur mal, qui le préfèrent à leur bien, et qui, placés entre deux maux, choisissent volontiers le pire. Pas donc de raison suffisante pour sortir des bornes de la justice dans les dispositions pénales destinées à réprimer de premiers délits.

En vain l'on arguerait encore du prétendu fait que ces dispositions sont démontrées insuffisantes, puisqu'elles n'empêchent pas en réalité les méfaits qu'elles atteignent. Ce ne serait là qu'un sophisme. On ne tiendrait aucun compte des faiblesses

Digitized by Google

et des passions humaines, de l'espoir de l'impunité, etc. Toutes choses qui, sans être des crimes en elles-mêmes, peuvent néanmoins y porter. On ne fait pas attention que l'atrocité des peines serait encore insuffisante pour prévenir tous les délits, et qu'en outre elle démoraliserait les peuples par son arbitraire, en même temps qu'elle tendrait par sa cruauté à les rendre féroces.

Il faut donc mettre en principe qu'il y aura toujours des délits, si sévères que puissent être les lois, et sans doute, alors surtout qu'elles seront le plus sévères. Il faut donc prendre son parti d'un état de choses qui tient à la nature humaine, et se borner aux moyens répressifs dictés ou permis par la justice. L'insuffisance de ces moyens est un de ces malheurs nécessaires, partage inévitable de la condition humaine, et qu'il serait plus nuisible qu'utile de vouloir extirper radicalement.

Mais ce n'est pas une raison de dire : il y aura toujours des récidives, quelle que soit la gravité de la peine destinée à les réprimer ; cette aggravation est donc inutile. — Sans doute il y aura toujours des récidives. Mais si l'on peut raisonnablement espérer qu'il y en aura moins en ajoutant à la peine, sans du reste le faire avec colère, sans mesure ou sous l'empire d'une terreur déplacée, il est certain qu'on peut, par ce moyen, pourvoir à une plus sûre protection.

L'erreur possible n'est donc point dans l'aggravation même de la peine, mais dans son excès.

Quelle doit être maintenant la règle de l'aggravation, pour ne pas excéder les bornes de la justice ? On ne peut rien dire de bien précis à cet égard. Une fois sorti du principe de la réciprocité pour se rattacher à celui de la nécessité d'une défense efficace, on tombe inévitablement dans un certain arbitraire. Cet arbitraire peut être injuste, s'il dépasse les moyens de rigueur nécessaires pour protéger raisonnablement la société. Il semble toutefois, qu'à moins de circonstances qui changeraient l'espèce du délit, il est juste : 1° de ne pas changer l'espèce de la peine ; 2° de la porter simplement à un degré plus élevé, dans le cas où étant divisible, elle n'aurait pas d'abord été portée au maximum ; 3° si elle a été portée au maximum, de l'aggraver par des circonstances accessoires, dans la manière de la faire subir, par exemple, dans un régime plus dur, etc. Mille moyens

Digitized by Google

peuvent entrer à cet égard dans le règlement des maisons de détention, quelle qu'en soit l'espèce.

Nous dirons donc, en résumant les points capitaux de ce chapitre, que si la plupart des législateurs ont puni plus sévèrement la récidive que la première chute, c'est qu'ils ont cédé ou à un sentiment qui tenait de l'irritation et de la vengeance, ou à l'effroi d'un plus grand danger pour la société, en face de l'habitude du mal, ou à la persuasion de l'insuffisance de la peine pour un coupable qu'elle n'arrêtait pas, quoiqu'il l'eût endurée déjà, ou à la supposition d'une plus grande perversité dans celui qu'un châtiment éprouvé était incapable de contenir. Toutes ces considérations sont insuffisantes pour motiver l'application d'une peine supérieure ou d'une autre espèce ; elles suffisent difficilement, même dans les cas les plus graves, pour motiver le maximum de la peine affecté au délit non répété.

L'aggravation de la peine en cas de récidive nous semble généralement motivée en fait sur la présomption d'un plus haut degré de perversité, c'est-à-dire sur une considération morale qui aurait dû rester étrangère au législateur, d'autant plus que cette présomption pourrait bien n'être qu'une fausse apparence, soit que l'habitude du mal, et du même mal surtout, tienne à une sorte de manie, soit que la passion qui en est le mobile porte une atteinte d'autant plus profonde à la liberté qu'elle est elle-même plus forte et plus habituelle[1]. En sorte que le coupable, loin de l'être davantage moralement avec le temps, le deviendrait de moins en moins à mesure qu'il perdrait de plus en plus de sa liberté par l'habitude du même crime. Si ce n'était pas là une raison de traiter l'habitude de la récidive comme une monomanie, à moins que cette monomanie ne fût clairement établie ; ce ne serait pas non plus une raison de la traiter plus sévèrement que le simple et unique délit de son espèce. Ce qui nous a fait concevoir une sérieuse prévention contre l'aggravation de peine pour cause de récidive[2].

Toutefois, l'opinion et la pratique contraires à peu près gé-

[1] Les théologiens moralistes ont eux-mêmes reconnu que les passions sont parfois si violentes, que le libre arbitre s'en trouve singulièrement affaibli, outre que l'intelligence peut en être obscurcie ou offusquée. — V., par exemple, le cardinal Gousset, *Théologie morale*, t. I, c. 2, p. 7, éd. 1853 et *passim*.

[2] Cf. sur la récidive en général : Hoorebeke, *De la récidive dans ses rapports avec la réforme pénitentiaire* (étude de législation comparée), 1846, in-8.

Digitized by Google

nérales, ne laissent pas d'être imposantes, et doivent être prises en très-sérieuse considération. Elles sont inexplicables, inexcusables même si l'on donne pour base au droit criminel, le simple droit de punir ; il faut, pour leur trouver une raison suffisante et légitime, partir du droit de défense, plus étendu dans ses moyens que le droit de punir. Mais ce droit, s'il n'est pas réglé, tempéré par le principe de la réciprocité, devient d'un emploi fort dangereux ; l'arbitraire est imminent, et si la douceur des mœurs ne venait y mettre un frein, l'humanité et la justice même pourraient en souffrir. Mais il est plus sûr encore d'avoir ici pour règle des principes clairs et certains, que des sentiments obscurs et douteux. On peut donc indiquer quelques règles destinées à régler l'aggravation de la peine en matière de récidive. C'est ce que nous avons fait.

J. TISSOT.

Digitized by Google

EXAMEN DOCTRINAL

De l'arrêt de la Cour de cassation (chambre criminelle), du 2 avril 1859,

SUR LA RESPONSABILITÉ DES CONSEILS DE SURVEILLANCE EN MATIÈRE DE SOCIÉTÉS EN COMMANDITE PAR ACTIONS, ET SUR LA COMPÉTENCE [1].

Par M. F. LAFERRIÈRE, membre de l'Institut, inspecteur général des Facultés de droit.

Un arrêt de la Cour impériale de Paris, du 22 décembre 1858, a émis en matière de responsabilité des conseils de surveillance établis, d'après la loi du 17 juillet 1856, pour les sociétés en commandite par actions, des principes conformes aux règles de l'*imputabilité personnelle*. — Un arrêt de la Cour de cassation, chambre criminelle, du 2 avril 1859, a cassé la décision précédente, et assimilé la responsabilité des membres de ces conseils de surveillance à la *responsabilité civile* attachée par l'article 1384 du Code Napoléon à la qualité de la personne.

De quel côté est la vérité? lequel de ces deux arrêts se trouve le plus en harmonie avec les principes du droit et le véritable esprit de la loi du 17 juillet 1856? — La question est neuve; elle est grave, tant pour le fond des choses que pour la compétence. Elle mérite de la part de la *Revue critique* le plus sérieux examen.

Quelques mots d'abord sur les sociétés en commandite par actions.

C'est une innovation du Code de commerce [2]. Le Code de 1808, comme l'ancienne ordonnance de 1673, reconnaît trois espèces de sociétés commerciales (art. 19) :

La société en nom collectif,

La société anonyme,

La société en commandite.

Mais il a permis, par l'article 38, de *diviser en actions* le capital des sociétés en commandite.

Cette disposition, d'abord inaperçue et très-inoffensive en

[1] 3e cahier de Dalloz, 1859, I, p. 137.

[2] On peut voir comment elle fut introduite, dans le commentaire de l'article 38, *Des sociétés commerciales*, par M. DELANGLE, notre honorable confrère à l'Institut, aujourd'hui garde des sceaux (t. II, p. 79 et suiv.).

Digitized by Google

elle-même, est devenue, sous l'influence des développements du commerce et de l'industrie, et bientôt sous l'influence funeste de l'esprit d'agiotage, la source inépuisable d'abus qui ont compromis la confiance des petits capitaux, la bonne foi publique, et qui ont été vivement signalés par la presse en 1837 [1]. Ces abus ont éveillé l'attention du législateur en 1838 et en 1856. Le projet de loi proposé aux Chambres en 1838 n'avait trouvé d'autre remède au mal que l'abolition de la forme nouvelle de la commandite. Le remède parut excessif, et les projets de loi en restèrent là jusqu'en 1856.

L'idée de suppression était en effet exagérée. Dans un article publié par *le Droit* en 1837, un jurisconsulte anonyme avait cherché des remèdes moins héroïques et des garanties sérieuses pour le commerce et la bonne foi.

« Quels sont les vices (disait-on alors) que les dernières expériences sur les sociétés par actions ont révélés aux observateurs?

» Les sociétés par actions ont péri ou peuvent périr :

» 1° Par le vice même de l'objet de l'entreprise, chimérique ou mal conçue;

» 2° Par la fiction des éléments matériels et primitifs, ou la grande exagération donnée à leur valeur;

» 3° Par l'étendue des prélèvements ou des réserves d'actions exercés au profit des gérants, des fondateurs ou des banquiers de la société;

» 4° Par le mode de gestion (surtout par le défaut de sincérité des inventaires annuels, et la distribution trompeuse de dividendes fictifs pris sur le capital et non sur les bénéfices). »

Pour remédier au mal dont les caractères étaient ainsi énumérés, en présence des faits qui avaient ému l'opinion publique, il fallait une loi dont la sagesse pût prévenir les vices et arrêter les fraudes signalés par l'expérience.

La loi tardive du 17 juillet 1856 a pourvu aux besoins essentiels et reconnus.

L'article 4 porte que lorsqu'un associé produit dans une société en commandite par actions un *apport* qui ne consiste pas en numéraire, l'assemblée générale des actionnaires en fait vérifier et apprécier la valeur. — Voilà donc les actionnaires

[1] Voir spécialement un article du *Journal des Débats* du 15 décembre, et un article du journal *le Droit*, du 28 décembre 1837.

Digitized by Google

mis à couvert contre les deux premiers dangers dénoncés en 1837 : le vice de l'objet d'association; la fiction ou l'exagération des éléments matériels.

Le même article 4 porte que lorsqu'un des associés stipule à son profit des avantages particuliers, l'assemblée générale fait vérifier, apprécier les conditions, et que la société n'est définitivement constituée qu'*après approbation* dans une réunion ultérieure de l'assemblée générale.—Voilà donc le danger signalé au n° 3 des observations, sur les prélèvements des gérants et des banquiers, qui se trouve écarté par une prudente disposition, et par le pouvoir attribué à l'assemblée générale des actionnaires de veiller à ses intérêts au moment même de la constitution sociale.

Restait à pourvoir au mode de gestion, et à donner des garanties pour un *contrôle loyal et sérieux* [1].

Sur le mode de gestion, la loi ne dispose à l'égard du gérant que pour stipuler sa responsabilité pécuniaire (art. 7), et pour édicter des peines de police correctionnelle dans certains cas prévus par les articles 11 et 13, n° 3.

Quant au contrôle de la gestion elle-même, c'était la grande et difficile garantie à établir : la loi a cherché cette garantie dans les Conseils de surveillance. Elle s'occupe de leur organisation (art. 5); de leurs attributions (art. 8 et 9), et de leur responsabilité (art. 8 et 10).

En ce qui concerne la responsabilité (objet de notre examen), la loi ne dépasse point dans ses prévisions la *responsabilité pécuniaire*. Il s'agit de membres des conseils de surveillance pris parmi les actionnaires, élus par l'assemblée générale; il s'agit de ceux qui ont accepté l'honorable et délicate mission non pas de gérer, mais de surveiller la gestion. Elle a besoin de leur concours, de l'intervention loyale d'hommes dignes de sa confiance pour constituer un contrôle sérieux; et la loi ne leur montre point en perspective la police correctionnelle, comme elle l'a fait résolûment à l'égard des fondateurs et des gérants de la société.

Il lui suffit, pour constituer un contrôle efficace, de choisir parmi les intéressés à l'entreprise des hommes qui lui soient désignés par la confiance des actionnaires eux-mêmes, et de

[1] Expressions employées par l'arrêt de la Cour de cassation, du 2 avril 1859.

Digitized by Google

placer à côté de leurs attributions, et comme sanction de leurs devoirs, la responsabilité.

Mais quelle est la nature de cette responsabilité des conseils de surveillance? Là est le nœud de la question.

Avant la loi de 1852 il existait des sociétés en commandite par actions; il existait des conseils de surveillance. La preuve légale sur ce dernier point est dans l'article 15, 3e alinéa, où il est dit : « Les conseils déjà existants et ceux qui sont nommés en exécution du présent article (dans les sociétés préexistantes) exercent les droits et remplissent les obligations déterminés par les articles 8 et 9 : ils sont soumis à *la responsabilité* prévue par l'article 10. »

Les conseils de surveillance existaient donc avant la loi. Ils avaient des fonctions ou des attributions à exercer; ils avaient des devoirs ou des obligations à remplir. Mais ces devoirs, ces obligations étaient dépourvus de sanction. Les conseils de surveillance avaient une obligation *naturelle*, sans aucune sanction légale; la loi de 1852 a créé à leur égard une obligation *civile ;* elle a donné pour sanction à cette obligation, d'abord purement naturelle, une responsabilité pécuniaire et la solidarité d'obligation civile avec le gérant, dans certains cas déterminés par la loi elle-même.

La responsabilité, la solidarité d'obligation avec le gérant peuvent avoir lieu, d'après la loi nouvelle, dans trois cas :

1° Lorsque la société a été constituée contrairement à l'une des prescriptions fondamentales contenues dans les premières dispositions de la loi, et qu'en conséquence elle est *annulée ;* alors les membres du conseil de surveillance peuvent être déclarés responsables, solidairement et par corps *avec* les gérants, de *toutes les opérations* faites postérieurement à leur nomination : ils devaient connaître la loi, et ils ont à s'imputer la *faute grave* d'avoir laissé fonctionner une société contraire aux dispositions fondamentales établies par le législateur (art. 7); ils sont en cela responsables de leur *fait personnel.*

2° Ils sont aussi responsables avec les gérants solidairement et par corps, lorsque *sciemment* ils ont laissé commettre dans les inventaires des *inexactitudes graves, préjudiciables* à la société ou aux tiers.

3° Ils sont enfin responsables de la même manière lorsqu'ils ont, *en connaissance de cause*, consenti à la distribution de di-

Digitized by Google

videndes non justifiés par des inventaires sincères et réguliers.

Dans les deux derniers cas, ils ont manqué à leur devoir de contrôle sérieux et loyal, car l'article 8 les charge de vérifier les livres, la caisse, le portefeuille et les valeurs de la société; il les charge, en outre, de faire un rapport à l'assemblée générale sur les inventaires et sur les propositions de distribution de dividende faites par le gérant; l'article 9 leur donne le droit de convoquer l'assemblée générale, de provoquer la dissolution de la société : et si, armés de tous ces moyens de contrôle, ils n'ont pas empêché le gérant de commettre dans les inventaires des inexactitudes graves et préjudiciables, qu'*ils ont connues;* s'ils ne l'ont pas empêché de distribuer des dividendes factices, qu'ils *savaient* n'être pas conformes aux livres et aux inventaires, ils subissent une responsabilité légitime, puisqu'ils ont laissé faire le mal en *connaissance de cause.* Ils sont là aussi responsables de faits qui leur *sont personnels.*

Voilà donc la responsabilité déterminée par la loi à la charge des membres du conseil de surveillance; le législateur a pris soin d'en caractériser les causes, d'en préciser les termes. Il n'y a rien de vague, rien d'indécis; tout est clair, net et juste; tout est conforme aux principes de l'imputabilité personnelle.

Maintenant, ces faits personnels, sur lesquels est fondée l'obligation civile, la responsabilité des membres du conseil de surveillance, sont-ils assimilés pour leur caractère et pour le mode de poursuite ou la compétence, aux faits émanés du gérant? — Non; et c'est là que l'arrêt de la Cour de cassation nous paraît avoir méconnu l'esprit et la lettre de la loi du 17 juillet 1856.

Le projet de loi présenté par le Gouvernement ne contenait qu'une seule et même disposition sur les membres des conseils de surveillance et sur les gérants, en ce qui concerne les faits d'inventaires inexacts et de dividendes fictifs : pour les uns et pour les autres, il n'y avait que la peine civile, la responsabilité pécuniaire. Mais la commission du Corps législatif fit remarquer que les gérants étaient déterminés par des vues de gains illicites, qu'ils étaient certainement plus coupables que les membres des conseils de surveillance auxquels ces vues cupides étaient étrangères, et qu'ils devaient être punis plus sévèrement et par une autre juridiction, par la juridiction cor-

Digitized by Google

rectionnelle. Voici à cet égard le passage expressif du rapport de M. Langlais, député au Corps législatif :

« Sanctions pénales : Le gérant d'une société en commandite » qui distribue des dividendes fictifs est soumis, à l'égard de la » société et des tiers, à une responsabilité que prévoit l'ar- » ticle 10 du projet de loi. Votre commission a pensé que cette » fraude mérite une *répression d'un ordre différent*, et elle a » proposé par un amendement d'y appliquer la peine pronon- » cée par l'article 405 du Code pénal. — D'autres faits lui ont » paru encore devoir être frappés de la même pénalité. Ainsi » le gérant qui, simulant des souscriptions, attire des action- » naires; l'individu qui, dans le même but, publie de mauvaise » foi et contrairement à la vérité les noms de personnes qui » doivent être attachées à la société, commet de *véritables dé- » lits*. Nous avons proposé de leur appliquer le même article du » Code pénal. Le Conseil d'État a adopté cet amendement, qui » forme l'article 13 du projet nouveau. »

Telle est l'origine de l'article 13 : c'est une pénalité correctionnelle qui est édictée par amendement, mais qui n'a rien de commun avec la responsabilité pécuniaire ou la peine civile qui, dans l'article 10, concerne les membres du conseil de surveillance. L'article 13, n° 3, n'a pas voulu laisser le moindre doute à cet égard : « Sont punis des peines portées par l'ar- » ticle 405 du Code pénal ..... 3° : les *gérants* qui, en l'absence » d'*inventaires* ou au moyen d'*inventaires frauduleux*, ont opéré » entre les actionnaires la répartition de *dividendes non réelle- » ment acquis* à la société. »

Ce sont les deux faits spéciaux, défaut d'inventaire sincère et dividendes fictifs, pour lesquels tout membre du conseil de surveillance peut être déclaré, d'après l'article 10, responsable pécuniairement, s'il les a laissé commettre ou s'il y a consenti en connaissance de cause.

La loi a donc bien tracé la ligne de démarcation, à l'égard de ces faits, entre les gérants et les membres du conseil de surveillance.

Les gérants sont tenus pécuniairement du préjudice et de la fraude par l'article 10; de plus, à raison de leur qualité même de gérants et des motifs coupables de leur conduite, ils sont, pour les mêmes faits, punis de peines correctionnelles par l'article 13, ajouté sur amendement. — Les membres des

Digitized by Google

conseils de surveillance peuvent être tenus pécuniairement et solidairement *avec* les gérants par le même article 10; mais l'article 13, mais la disposition pénale, mais la juridiction correctionnelle ne les concerne pas; elle ne concerne que les gérants.

Que faudrait-il donc pour que les membres du conseil de surveillance pussent être traduits en police correctionnelle? Il faudrait la complicité dans le délit du gérant qui a trompé pour s'enrichir aux dépens des actionnaires; il faudrait que les membres du conseil de surveillance eussent participé au gain illicite, ou agi sciemment en vue de cette participation frauduleuse. C'est là une complicité possible sans doute, mais en dehors des prévisions de la loi de 1856 : la loi n'a pas vu et n'a pas voulu voir de *complicité* dans les faits mentionnés par elle, et relatifs seulement aux inexactitudes graves des inventaires du gérant et à la distribution connue des dividendes fictifs.

Les choses étant ainsi, et les membres des conseils de surveillance n'étant pas inculpés de complicité, comment pourrait-on les enlever à *leurs juges naturels*, les tribunaux de commerce?

Tout le monde reconnaît qu'en restant dans les termes de l'article 10 de la loi de 1856, on ne peut pas traduire directement, et pour leur propre compte, les membres des conseils de surveillance en police correctionnelle.

Pourra-t-on les y conduire indirectement, et par une *action accessoire* à la poursuite dirigée, aux termes de l'article 13, n° 3, contre les gérants?

En d'autres termes, y a-t-il lieu d'appliquer ici, comme le veut l'arrêt de la chambre criminelle, l'article 3 du Code d'instruction sur l'action civile qui peut être poursuivie en même temps et devant les mêmes juges que l'action publique?

Mais d'abord qu'on veuille bien y prendre garde : le prévenu ici, aux yeux de la loi, c'est le gérant; c'est contre lui et pour le délit qui lui est propre qu'il peut y avoir action publique et action civile. L'action publique aura pour objet la peine d'emprisonnement portée par l'article 405 du Code pénal; l'action civile aura pour objet la réparation du dommage qu'il a causé. L'action civile concerne la même personne que l'action publique; le gérant n'a pas de coauteur, de complice; nulle autre

Digitized by Google

personne ne peut donc être traduite avec lui pour l'action civile devant le tribunal correctionnel.

Mais, dira-t-on, et c'est le grand argument de l'arrêt, s'il n'y a pas d'action civile, à proprement parler, distincte de l'action publique dirigée contre le gérant, il y a contre les membres des conseils de surveillance *la responsabilité civile*, la responsabilité fondée sur leur qualité, la responsabilité réglée par l'article 1384 du Code Napoléon, d'après lequel la responsabilité civile de la personne, qui répond des faits d'une autre, est l'accessoire de ces faits d'autrui.

La discussion à laquelle nous nous sommes livré plus haut, sur le caractère des *faits personnels* aux membres des conseils de surveillance, a éclairé d'avance le sujet et nous dispensera d'une longue controverse sur ce point.

Rappelons, en peu de mots, les principes du droit et ceux de la loi de 1856.

« En droit, comme le dit très-bien le *Répertoire* de Dalloz [1], la responsabilité est de trois espèces, suivant la nature et l'origine du fait qui y donne lieu : 1° responsabilité *d'un fait personnel;* 2° responsabilité *du fait d'autrui;* 3° responsabilité *des choses* qu'on a sous sa garde. »

Laissons de côté la responsabilité *des choses* (art. 1385 et 1386), qui est étrangère à notre sujet.

Quand il s'agit des faits de l'homme, il n'y a vraiment, il ne peut y avoir que deux responsabilités : la responsabilité de son fait et la responsabilité du fait d'autrui. La première est la règle générale exprimée par les articles 1382, 1383 ; la seconde est l'exception réglée par l'article 1384.

Cette exception est d'une netteté parfaite dans la rédaction de l'article 1384 : « On est responsable du dommage *causé par le fait des personnes* dont *on doit répondre.* »

Et puis vient l'indication des personnes qui, par leur qualité, sont responsables des faits d'autrui, savoir les père et mère pour leurs enfants mineurs, les maîtres et commettants pour leurs domestiques et préposés, les instituteurs et les artisans pour leurs élèves et apprentis.

L'article 1384 est-il limitatif? Nous ne voulons pas discuter cette question; ce qu'il y a d'incontestable c'est que si l'article

[1] *Répertoire* de Dalloz, v° *Responsabilité*, t. XXXIX, p. 293, n° 5.

Digitized by Google

n'est pas rigoureusement limitatif, il ne peut être étendu, pour la responsabilité civile, qu'à des cas tout à fait analogues, à des personnes qui peuvent être assimilées à celles désignées par la loi; ainsi le tuteur par assimilation avec le père, le second mari cotuteur par assimilation avec la mère remariée, les administrations publiques et même l'État par assimilation avec les commettants [1]. — Ce qui est certain c'est que la loi a donné le moyen d'éviter toute extension abusive de la responsabilité civile, en disant qu'on est responsable du dommage causé par le fait des *personnes dont on doit répondre.*

Venons-en donc à l'application :

Les *gérants* des sociétés en commandite par action sont-ils des personnes dont les membres des conseils de surveillance *doivent répondre ?*

Qui oserait mettre en avant une telle proposition? — Qui pourrait comprendre une loi spéciale sur les sociétés en commandite par actions, dont les auteurs diraient : « Il y a eu de grands abus jusqu'à présent dans ce genre de société; nous voulons les prévenir sans supprimer les sociétés par actions, et voici le moyen que nous adoptons : « Les membres des con-
» seils de surveillance seront des mandataires choisis par les
» actionnaires, légalement reconnus, et actionnaires eux-
» mêmes; ils ne seront point rétribués; ils n'auront point à
» s'immiscer dans la gestion; ils n'auront qu'à exercer un con-
» trôle loyal et sérieux. Mais afin d'avoir de bons conseils de
» surveillance, nous déclarons que les membres des conseils de
» surveillance, en vertu de leur honorable qualité, *devront,* aux
» termes de l'article 1384 du Code Napoléon, *répondre des*
» *gérants.* »

Eh bien, cette incroyable loi, qui n'est pas heureusement celle de 1856, est celle faite ou supposée, qu'on nous permette de le dire, par l'arrêt du 2 avril 1859.

Si l'on en doute, qu'on veuille bien lire attentivement les motifs que je transcris ici : « Attendu que sur l'exception de l'incompétence proposée (devant le tribunal correctionnel par les membres du conseil de surveillance), le tribunal a dit qu'à bon droit les membres du conseil de surveillance avaient été cités *comme civilement responsables* (des faits du gérant), et a

[1] Voir le remarquable commentaire de M. le président Larombière sur les Obligations, article 1384, t. V, p. 736-772.

Digitized by Google

retenu la cause; mais que sur l'appel par eux interjeté la Cour impériale de Paris a infirmé ce jugement et s'est déclarée incompétente à leur égard, en se fondant sur ce que ni le *droit commun* ni la *loi spéciale du 17 juillet* 1856 ne déclarent les membres du conseil de surveillance *civilement responsables du gérant* ou *des délits* commis par le *gérant*; qu'en les proclamant responsables avec le gérant, l'article 10 de cette loi, loin de couvrir *d'une manière générale* la personne et les actes du gérant *de la responsabilité civile du conseil de surveillance,* avait seulement attaché la peine de la solidarité, au cas particulier *de fautes personnelles* aux membres de ce conseil...»

Les deux systèmes de la *responsabilité civile* pour les faits d'autrui, et de la *responsabilité ordinaire* pour les faits personnels, sont très-nettement formulés dans ce considérant, et c'est le premier système que la chambre criminelle adopte, en disant dans un motif subséquent que « l'action civile comprend les personnes *civilement responsables*, comme les prévenus et les complices [1]. »

Ainsi la théorie de l'arrêt ne peut pas être un instant douteuse : c'est bien la théorie de la *responsabilité civile* des faits du gérant par les membres des conseils de surveillance; et l'arrêt va jusqu'à dire en droit que « la responsabilité des membres des conseils de surveillance n'est en réalité qu'une *application nouvelle* du § 1 de l'article 1384 du Code Napoléon ; » de ce paragraphe qui porte « qu'on est responsable du dommage qui est causé par le fait des *personnes dont on doit* répondre ! »

Il est donc avéré, par le texte de l'arrêt de 1859, que les membres des conseils de surveillance doivent, dans les cas déterminés par les articles 10 et 13, n° 3, de la loi du 17 juillet 1856, *répondre des faits du gérant*, et que par conséquent ce n'est pas à cause de leurs *faits personnels*, mais à cause de *leur qualité* qu'ils sont responsables, ce qui renverse tout le système de la loi, tel qu'il a été présenté au Corps législatif par l'exposé des motifs et le rapport de la commission.

« L'article 10 déclare les membres des conseils de surveil-
» lance responsables (dit l'Exposé des motifs) lorsque *sciem-*
» *ment* ils auront laissé commettre des inexactitudes graves
» dans les inventaires, ou lorsque en connaissance de cause ils

[1] 3e cahier de Dalloz, 1859, p. 141, 2e colonne, *in principio*.

Digitized by Google

» auront consenti à la distribution de dividendes fictifs. Savoir » qu'il y a de graves inexactitudes dans les inventaires, et les » laisser subsister; consentir à des distributions de dividendes, » quand on sait qu'ils ne sont pas pris sur des bénéfices réels, » c'est au moins *une faute lourde* qui engage nécessairement la » *responsabilité* de celui qui la commet [1]. »

C'est donc la responsabilité *personnelle*, la responsabilité pour la faute des membres mêmes des conseils de surveillance, la responsabilité pour leur *faute lourde* que la loi de 1856 a voulu établir, et non la responsabilité civile pour le fait d'autrui, selon l'article 1384 du Code Napoléon.

« La loi veut réprimer des abus flagrants (dit le Rapport de » la commission), et pour cela ce n'est pas seulement au gérant » qu'elle s'adresse, c'est à ce membre du conseil de surveillance, » qui, sachant que l'inventaire n'est pas fidèle, en atteste pour- » tant la vérité à ses mandants et au public; qui, sachant que la » société est en perte, ne proteste pas dans son rapport contre » ces dividendes fictifs. — Remarquez que la loi ne punit pas » la *simple ignorance*, la simple *négligence*, c'est la science, » c'est la mauvaise intention, c'est le dol [2]. »

Quoi de plus exclusif de la responsabilité civile établie par l'article 1384 contre les père et mère, les commettants et les maîtres, etc., qui sont responsables des faits de ceux dont ils doivent répondre, bien qu'*ils ignorent* les faits mêmes qui entraînent leur responsabilité civile et accessoire?

Nous ne craignons donc pas de le dire, sans manquer de respect à la Cour : en présence des termes de la loi de 1856, de l'exposé des motifs et du rapport de la commission qui en contiennent le véritable esprit, l'arrêt du 2 avril 1859 nous paraît avoir méconnu la loi de 1856 dans son esprit et dans son texte.

II.

Nous croyons avoir réfuté l'arrêt de cassation, et par les principes du droit et par la loi spéciale de 1856.

Il reste à examiner les motifs particuliers ou les raisonnements spécieux, à l'aide desquels l'arrêt du 2 avril est arrivé à une conclusion erronée sur le caractère de la responsabilité des membres du conseil de surveillance.

[1] Exposé des motifs (*Moniteur*, 1er juin 1856).
[2] *Moniteur* du 30 juin 1856, et Duvergier, *Lois et arrêts*, t. LVI, p. 327.

Digitized by Google

« Attendu, *en droit*, dit la chambre criminelle, que la *cause* de la responsabilité détermine la *nature* de l'action qui en résulte, et que la nature de l'action détermine la compétence. »

Cette proposition de droit est bien générale et paraîtra peut-être un peu vague; mais il faut l'analyser dans ses rapports avec notre sujet de discussion, et nous la trouverons plus claire.

Quelle est la *cause* de la responsabilité des membres du conseil de surveillance? C'est un fait qui leur est personnel, savoir, d'avoir laissé sciemment commettre des inexactitudes préjudiciables dans les inventaires, et d'avoir consenti, en connaissance de cause, à la distribution de dividendes fictifs. — Est-ce là une cause générale de responsabilité? Évidemment non. C'est une cause spéciale, caractérisée, et si bien caractérisée que s'il y avait simple *négligence* de la part des membres du conseil, ils ne seraient pas *responsables*, quel que fût le dommage. Ils ne sont obligés, ils ne sont responsables, dans le système de la loi de 1856, que parce qu'ils ont connu les faits, la situation, et qu'ils ont dès lors commis la *faute lourde*, équivalente au dol. L'exposé des motifs et le rapport ont employé formellement ces expressions de dol, de faute lourde. Or, la faute lourde est certainement une faute *personnelle* dans toute la force du terme. Donc la cause de la responsabilité est une faute personnelle à chaque membre du conseil de surveillance; donc il ne s'agit pas ici d'une *cause légale* de responsabilité civile, indépendante de la conduite, de l'ignorance ou de la connaissance des personnes responsables, comme le père ou le maître de l'article 1384.

Mais suivons l'arrêt et appliquons sa règle : « La cause de la responsabilité détermine (dit-il) la nature de l'action, et la nature de l'action détermine la compétence. » Eh bien, soit; quelle est la *nature* de l'action naissant de la responsabilité d'un fait personnel? Évidemment c'est une action personnelle. — Et quelle est la compétence déterminée par la nature de l'action personnelle? Évidemment encore, la compétence personnelle; et comme il s'agit ici d'une action relative à une société commerciale, c'est la juridiction commerciale qui est compétente.

En prenant pour guide la règle posée par l'arrêt, nous arrivons donc nécessairement à une action en responsabilité pécuniaire, directe et principale, à intenter contre les membres des

Digitized by Google

conseils de surveillance comme responsables de leurs faits personnels.

Du reste, l'arrêt contient une observation que nous ne devons pas négliger et qui est entièrement favorable à la cause des conseils de surveillance.

« Attendu, dit-il, que les fonctions des gérants et des mem-
» bres des conseils de surveillance sont *distinctes;* qu'il en est
» de même des *infractions* qu'ils peuvent respectivement com-
» mettre au sujet des inventaires et des distributions de divi-
» dendes : » — Nous ne disons pas et nous ne demandons pas autre chose que cette déclaration de l'arrêt. Les *infractions* que peuvent commettre les gérants et les membres des conseils de surveillance sont *différentes ?* Donc elles sont personnelles à chacun d'entre eux ; et si les infractions sont *personnelles,* la responsabilité doit l'être aussi. — Les infractions sont *différentes* par leur nature ou la situation des personnes qui les ont commises ? Donc il est juste et naturel qu'elles soient punies de peines d'*ordre différent* et qu'elles soient jugées par des tribunaux d'*ordre différent.* Nous acceptons volontiers ainsi les prémisses de l'arrêt; mais, de plus, nous tirons la conclusion simple, logique et naturelle que l'arrêt n'a pas tirée de ses prémisses.

Pour arriver au but qu'il poursuit, la responsabilité civile de l'article 1384 du Code, l'arrêt du 2 avril s'attache à une considération très-élevée de bien public, par laquelle nous terminerons cet examen doctrinal :

« Les conseils de surveillance, dit-il, ne sont plus de simples mandataires des actionnaires ; les dispositions de la loi ont pour but de mettre obstacle par un contrôle loyal et sérieux aux abus possibles de la gérance, et en même temps de préciser les actes qui sont de surveillance et non d'immixtion : investis du droit de contrôler et chargés du soin d'avertir, les membres du conseil de surveillance sont ainsi constitués par la loi, relativement à certains actes, en une *sorte d'autorité,* vis-à-vis du gérant et en état de devoir *légal* vis-à-vis des actionnaires [1]. »

Nous ne contesterons pas la qualification de *mandataires*

[1] Arrêt du 2 avril 1859 ; Dalloz, p. 141, 1re colonne et *passim.* (Tous les mots que nous avons employés sont pris textuellement dans la rédaction de l'arrêt.)

Digitized by Google

légaux, qui n'est pas l'expression de l'exposé des motifs, pourvu que l'on nous concède cependant que ces mandataires légaux sont aussi ceux des actionnaires puisqu'ils ont été nommés par eux à l'élection. Pour être complétement exact dans la terminologie du droit à cet égard, il convient de dire qu'ils sont en même temps les mandataires des actionnaires et de la loi. — Mais l'arrêt veut-il en conclure que les mandataires de la loi et des actionnaires, sont responsables en vertu de *leur qualité légale*, comme le père, le maître, l'instituteur de l'article 1384? Alors je le nie; car l'arrêt lui-même dit expressément qu'ils ne sont constitués mandataires légaux que relativement à *certains actes;* et s'ils ne sont mandataires légaux que pour certains actes, ils ne sont donc pas investis de la qualité *générale* qui constitue la responsabilité civile attachée à la personne, ou, comme dit Pothier, à la *puissance* du père, du maître, du commettant, de l'instituteur, qui sont responsables du dommage causé par les faits de ceux dont ils doivent répondre, à raison même de leur qualité, qu'ils *sachent* ou qu'ils *ignorent* les faits dommageables de leurs enfants mineurs, de leurs domestiques, de leurs préposés, de leurs élèves.

Et ainsi, sur quelques points que se place l'arrêt, à quelque ordre de considérations qu'il veuille s'élever, il est nécessairement ramené à cet article 1384 qu'il invoque, mais qui se retourne toujours contre lui, puisque les membres des conseils de surveillance sont *personnellement* responsables de leurs propres faits, mais non civilement responsables des faits d'autrui.

Un dernier mot en finissant. L'arrêt veut convaincre les membres des conseils de surveillance, en faisant appel à *leurs plus légitimes intérêts*, qu'il leur importe de ne pas décliner la juridiction correctionnelle, accessoirement à la plainte dirigée contre les gérants et à l'action publique fondée sur le *délit d'escroquerie*. Je doute que les membres des conseils de surveillance soient bien touchés de ce dernier considérant; ils savent que leurs intérêts seront appréciés, que leurs actes seront jugés impartialement, en pleine connaissance de cause, par les tribunaux de commerce, et ils ne seront jamais jaloux d'être conduits par *action accessoire* devant les tribunaux correctionnels, pour se voir condamner non-seulement aux dommages et intérêts solidairement avec le gérant coupable d'escroquerie,

Digitized by Google

mais aux dépens du procès fait à l'escroc, en vertu du décret du 18 juin 1811, comme l'a demandé le ministère public et comme l'a jugé l'arrêt même de la chambre criminelle. A chacun son droit, à chacun *ses juges*. F. LAFERRIÈRE.

ORIGINES ET PROGRÈS EN FRANCE DU DROIT COUTUMIER,

FÉODAL ET PRIVÉ,

SUR LA NATURE DES VENTES, ÉCHANGES ET PROMESSES DE VENTE JUSQU'AU TEMPS DE POTHIER.

Par M. AUBÉPIN, substitut du procureur impérial au Tribunal civil de Nevers.

(*Suite*[1].)

La censive suit des règles analogues dans ses divers modes de transmission; c'est à elle surtout que s'appliquent ces termes de latinité corrompue qu'on rencontre dans les anciens titres, et qui réveillent si puissamment les souvenirs germaniques; le vendeur déguerpit la chose par le symbole du fétu, *per festucam visus est werpisse*, il s'en dépouille, *cum festucâ semet ab eo exuit prædio, omnino exfectucavit*; il en revêt l'acheteur, *infestucat*, ou bien encore il est *desheritez* et il *enwerpit* l'acheteur qui se trouve ainsi *adheritez*[2].

Quant à l'aleu, le droit français d'Orient nous offre un témoignage précieux de son mode de transmission. Le vendeur se présente devant la cour des bourgeois accompagné de l'acheteur, et s'adressant au vicomte qui la préside, il lui dit: « Je » Jehan vende mon héritage..... à Pierre qui ci est prezent » pour tant de bezans....., » il désigne en même temps l'héritage et en indique l'origine, s'il le peut. « Et puis doit offrir » la saizine au visconte, c'est assaver par une verge que les » viscontes doivent avoir souvent en lor mains, et doit dire : Je » Jehan me dessaizis dou devant dit héritage et ces drois et ces » raizons, et vous en saizis, messire le visconte. » Le vicomte

[1] V. plus haut, p. 179.
[2] Ducange, v° *Festuca*.

Digitized by Google

reçoit la saisine par la verge et la transmet à l'acheteur en disant : « Pierre, je vous ensaizis, en présence de la court, dou » dit héritage que Jehan vous a vendu avé tous ces drois et ces » raizons [1]. » Cette tradition solennelle met le sceau à la vente et empêche que le vendeur ou l'acheteur puisse se départir du contrat, *quia*, dit le coutumier, *quod non fecit venditio, reconciliat traditio*, ce qu'il traduit : *ce que n'a fait la vente, a fait la saisine de l'avoir* [2]. — Glanville, en Occident, a déjà appliqué la même idée à la donation. Avant la tradition, le sort de la donation est remis à la volonté du donateur et de son héritier s'il vient à décéder; dans ce cas, elle est considérée plutôt comme un simple pacte que comme une vraie promesse, *potius..... nuda promissio, quam aliqua vera promissio vel donatio* [3]. Voici encore que la terminologie du droit romain sert à exprimer des idées qui lui sont étrangères.

Ainsi transféré, le domaine de la chose vendue doit encore être confirmé dans les mains de l'acheteur par la possession annale, lorsqu'il s'agit de censives et d'aleux. L'ancien droit statutaire de Soest, les chartes de Chaumont en Vexin, de Pontoise, de Saint-Quentin, de Noyon et de Roye, tous monuments du XIIe siècle, ont à ce sujet des dispositions formelles, que viennent compléter les textes non moins précis des *Assises de Jérusalem* [4]. « Se home, dit l'assise des bourgeois, achete un » heritage d'un autre home ou d'une feme, et il avient qu'il le » puisse tenir *un an et un jor* sans chalonge, le droit et la » raison comande que il ne le peut plus perdre par nul home » ni par nule feme qui d'aage soit [5]. » Pour les fiefs, le caractère particulier du lien qui unit le seigneur et le vassal exclut toute nécessité d'une possession complémentaire.

Lorsqu'on arrive aux auteurs coutumiers du XIIIe siècle, on est

[1] Assises de la Cour des bourgeois (édit. Beugnot), part. II, ch. 22. — Cf. part. I, ch. 41, 42, 49.

[2] Assises de la Cour des bourgeois, part. I, ch. 29.

[3] Glanvilla, lib. VII, cap. 1.

[4] Ancien droit de Soest, § 34 (Giraud, *Essai sur l'histoire du droit français*, t. I, preuves, p. 34) ; charte de Chaumont, art. 10 ; charte de Pontoise, art. 11; charte de Saint-Quentin, art. 7; charte de Noyon, art. 3 ; charte de Roye, art. 13. (*Ordonnances*, t. XI, p. 228, p. 254, 270, etc.) — V. sur ce point, pour les détails, Parieu, *loc. cit. sup.*, et Klimrath, *De la saisine* (*Revue de législation*, 1835, t. II, p. 356).

[5] Assises de la Cour des bourgeois, part. I, ch. 1.

Digitized by Google

frappé du changement qui se manifeste dans leurs écrits au sujet de la matière qui nous occupe. Tous, il est vrai, décrivent avec un soin égal les formalités de la tradition et celles de l'investiture dans les fiefs[1]. Tous paraissent de même s'accorder à passer sous silence ce qui regarde l'ensaisinement des aleux; cette prétérition peut s'expliquer par le principe de Beaumanoir, reproduit par les *Establissements : Nus*, dit Beaumanoir, *selonc nostre coustume ne puet tenir des aluex* [2]. Il n'en est pas de même pour les censives.

Déjà l'influence du droit romain, la décadence naturelle des actes symboliques, les embarras inhérents à des formes gênantes, enlèvent au droit germanique son cachet primitif, en même temps qu'aux solennités de l'ensaisinement une partie de leur intérêt et de leur utilité. Déjà Britton enseigne que pour l'acquéreur le simple acte d'entrée dans le fonds acquis, vivifié par le concours de sa volonté avec celle du vendeur, constitue un prise de possession suffisante aux yeux de la loi, et que les solennités de l'ensaisinement *countrevaillent* seulement *à la declaracion de la tesmoynaunce de la seisine* [3]. Les tendances résultant de ces causes diverses, aidées encore par les légistes, se manifestèrent principalement dans les censives. Elles auraient vainement essayé d'entamer le fief, leurs efforts seraient demeurés inutiles, le fief était le fort retranché de la féodalité; la censive, au contraire, tendait à perdre chaque jour les caractères qui la rattachaient au régime féodal, à mesure que ce régime perdait lui-même son caractère originel; à défaut d'aleux, elle tendait à devenir la terre du droit commun.

Sous la plume des coutumiers de cette époque, la matière de la saisine dans la vente prend les allures d'une théorie qui se rattache en plus d'un point au système général de la saisine. L'ensaisinement seul donne à l'acheteur un droit réel sur la chose vendue, la vente n'a pas cet effet [4]; lorsque l'ensaisinement lui a été donné par le juge du lieu [5], l'acheteur acquiert sur la chose une *saisine*, qu'on a appelée depuis *simple saisine*

[1] Establissements, liv. II, chap. 18. — Beaumanoir, chap. 48.
[2] Beaumanoir, chap. 14. — Establissements, liv. I, chap. 99.
[3] Britton, chap. 50 (*De saisine*).
[4] Pierre de Fontaines, chap. 17 (éd. Marnier, p. 175).
[5] Li livres de jostice et de plet (éd. Rapetti), liv. XII, ch. 6, § 26; liv. II, ch. 3, § 4.

Digitized by Google

de droit, mais que les monuments de l'époque appellent *saisine* ou *propriété*, *seigneurie*, *droiture*[1]; le droit ainsi conféré à l'acheteur n'engage point les droits des tiers ni ne les forclot, dans le cas notamment où la chose vendue n'appartenait pas au vendeur[2]; entre deux saisines attribuées sur une même chose, la plus ancienne l'emporte[3]; après l'année qui suit l'ensaisinement, l'acheteur a la *veraie sésine*, et son droit résiste dès lors à toutes les attaques étrangères, de même qu'il lui confère tous les avantages et tous les priviléges de la propriété[4].

Il n'est resté dans ces principes qu'un souvenir éloigné du droit germanique décoloré par l'influence du droit romain; les symboles primitifs se sont réfugiés à leur berceau, dans les coutumes du nord. Écoutez, par exemple, le coutumier d'Artois parlant de la vente d'une censive : « Et convient le vendeur » raporter tout l'iretaigo *par rairn et par baston* en le main dou » seigneur pour *ahireter* l'achateur..... Le raport fait en ceste » maniere, li sires doit conjurer ses houmes, s'ils en ont tant » fait, qu'il n'i ait mais droit. Demander leur doit qu'il en a à » faire, et il doivent dire par jugement que li sires en *ahiretece* » l'acateur. Li sires l'en doit tantôt *ahireter*, demandé avant » au vendeur si se tient por paiiet, et lui seur de sa droiteure; » saisir le doit en disant : Je vous en saisi, sauf tous drois, en » main comme ceste figure le monstre; » et la figure montre le juge assis sur un siége, et tenant en main un bâton dont l'acheteur, à genoux devant lui, tient l'autre bout[5]. Britton et le Fleta parlent également de saisine transmise *par le hasp ou par le anel de l'huis ou par enclosture de la porte*, quand il s'agit d'édifices, et, dans le cas contraire, *per anisum vel baculum*[6].

Enfin la Bretagne, par une de ces alliances qui déjouent les prévisions les plus naturelles, se rattache aux coutumes du

[1] Li livres de jostice et de plet, liv. XVII, ch. 3. — Establissements, liv. II, chap. 4. — Beaumanoir, chap. 6 et 44. — Pierre de Fontaines, chap. 15. — Klimrath, *loc. cit. sup.* — Parieu, *loc. cit. sup.*

[2] Beaumanoir, chap. 20. — Ancien coutumier d'Artois, chap. 6, §§ 2 à 4.

[3] Beaumanoir, chap. 34.

[4] Li livres de jostice et de plet, liv. XVII, chap. 3.—Establissements, liv. I, chap. 154. — Pierre de Fontaine, chap. 15. — Pour les détails, V. Klimrath, *loc. cit. sup.*

[5] Ancien coutumier d'Artois, chap. 24, §§ 5 à 12. — Klimrath, *loc. cit.*, p. 386, n° 1.

[6] Britton, chap. 50. — Fleta, lib. III, cap. 15, n° 5.

Digitized by Google

Nord en inscrivant dans son vieux coutumier les dispositions suivantes : « Il est de coustume que nul ne nulle ne peut ne ne » doit estre approprié d'autruy héritaige par vente, ne par » achat, si ce n'est par bannie..... » — « On peut estre appro- » prié par quatre tiltres du vestu et du saisi par an et par jour » de tenue, c'est assavoir par achapt, dont il convient que ban- » nie en soit faite par la cour de celui à qui la jurisdiction appar- » tient, par trois semaines de ouycteines en ouycteines, ou par » trois dimanches d'octabes en octabes. » — « Quiconque » achate terre ou autre héritaige, ne doit faire poyement avant » que bannie soit faite, qu'il ne soit assigné de la garentir à la » coustume, pour ce que l'en ne scet si elle est obligée à nul » autre, ne s'il en a contracté ô nul autre, ne si l'en le veut » debattre, tant que l'achateur en soit approprié..... Et il est de » coustume que l'en doit poyer tiers à tiers, par chacune ban- » nie, le poyment, pour ce que chacun ne le veut lesser désa- » proprier sans estre poyez, et ne doit l'en passer bannie sans » poyment.... [1] » L'appropriance par bannie du droit breton était une véritable purge, comme on verra bientôt qu'était aussi le nantissement des coutumes du Nord.

V. *Suite.* — Le double mouvement qui se manifeste au XIIIe siècle dans la matière de la vente, marche vers son développement à travers le XIVe et le XVe. L'influence germanique s'efface au centre, tandis qu'elle se précise et s'affermit au nord.

Les fiefs sont patrimoniaux, on les aliène sans le consentement du seigneur, dont le droit est seulement protégé par l'exercice du retrait féodal, mais l'acquéreur n'en a point le domaine tant qu'il n'est pas en foy, ou en souffrance qui vaut foy. Tel est le principe qu'on rencontre dans tous les coutumiers de l'époque, à quelque province qu'ils appartiennent [2]. Jusqu'à la fin, la féodalité demeurera intacte sur ce point.

Elles aussi, les censives, sont patrimoniales; mais le consentement du seigneur nécessaire dans le principe à leur aliénation est remplacé depuis longtemps par le droit de *lods, apelez*, dit un vieux praticien, *de loer, quar la vente n'est pas parfaite de-*

[1] Très-ancienne coutume de Bretaigne, 2e part., art. 40, 41, 45; 6e part., art. 210.

[2] Coustumes notoires, art. 53, 54, 72, 124, 135. — Desmares, décis. 162, 177, 200, 203, 285, 286. — Grand coustumier, liv. II, chap. 21.

Digitized by Google

vant que le sires l'ait loée [1]; la féodalité fiscale s'élève sur les ruines de la féodalité politique; sur ce terrain la lutte des influences et des souvenirs est engagée avec ardeur.

Ouvrez les coutumiers parisiens : le vendeur conserve la vraie saisine et possession de la chose vendue jusqu'à ce qu'il s'en soit dessaisi en la main du seigneur foncier du lieu; l'acheteur ne s'en peut dire saisi jusqu'à ce qu'il en soit saisi de fait par le seigneur foncier; la vente fût-elle écrite, il importerait peu, *en vente de heritage, il fault et vest et devest;* jusqu'à l'ensaisinement, l'acheteur n'a que la *saisine vuide* de la chose vendue, et il n'en peut être propriétaire que quand il en a été ensaisiné de fait par le seigneur ou par ses gens [2]. Voilà le principe général tel qu'il est formulé par les *coustumes notoires du Châtelet*, par Desmares, par Bouteiller, par le *grand coutumier*. Mais il y a des exceptions. On les voit poindre dans la soixante-douzième coutume du Châtelet : « Aucun ne peut estre propriétaire se il n'est » ensaisiné roalement et de fait par le seigneur d'icelle propriété » ou par les gens dudit seigneur, soubs qui elle est, *et vera est* » *consuetudo excepto in censu, car par la condition des lettres,* » *la seigneurie de ce censive s'acquiert sans estre vestu par le* » *seigneur.* » Le XVe siècle les développe, la preuve testimoniale se place à côté de la preuve littérale pour suppléer l'ensaisinement du seigneur, qui peu à peu devient facultatif, la prescription vient déjà lui disputer son empire trop exclusif, enfin apparaît la règle *ne prent saisine qui ne veut*, et l'affranchissement des censives est consommé [3]. C'est alors que le *grand coustumier* recueille à la fois le cérémonial dégénéré de l'ensaisinement et le principe novateur qui doit le plonger dans l'oubli. « Sires, dit le vendeur qui se présente devant le sei- » gneur pour l'ensaisinement, j'ay vendu à tel tel héritage en » tel cens ou rentes sur tel héritage mouvant de vous en censives, » pour tel prix, si m'en dessaisi en vostre main et presence, et » vueil et requiere que ledict achepteur ensaisinez..... et en » signe de dessaisissement doit bailler au seigneur un festu

[1] Li livres de jostice et de plet, liv. XII, chap. 13, § 1.

[2] Coustumes notoires, art. 72, 124, 145, 148. — Desmares, décis. 189, 207. — Bouteiller, *Somme rurale*, liv. I, tit. 22, 67, 72. — Grand coustumier, liv. II, ch. 25, 27.

[3] Grand coustumier, liv. II, chap. 21. — Coustumes notoires, art. 72. — Charondas, *sur Bouteiller*, liv. I, tit. 22.

Digitized by Google

» *vel aliud....* et adoncques l'achepteur doit requérir audict » seigneur dedans le temps la saisine en disant : Monseigneur, » je vous requier que vous m'ensaisissiez..... Ce fait, le seigneur » doit bailler la saisine à l'achepteur et dire : Je vos saisis et » mets en saisine de tel héritage, sauf mon droit et l'autruy en » toutes choses. » Ce sont bien là les formes germaniques légèrement modifiées par le droit féodal. Mais le *grand coustumier* reprend aussitôt : « Si ainsi est que ledict vendeur se vueille » faire ensaisiner, *car par la coustume de la prévosté de Paris,* » *il ne prend saisine qui ne veut,* et adoncques ledict seigneur » ne reçoit que ses ventes [1]. » Les seigneurs résistèrent, on leur contesta le droit de lods dans le cas où il n'y avait pas vest et devest [2], enfin on les leur abandonna en échange de la maxime, et l'on continua à donner pour raison d'être à ces droits la mise en possession qu'ils étaient censés consommer [3]; dans un seul cas, celui du retrait lignager, la saisine seigneuriale conserva le privilége de transférer utilement la propriété de la censive aliénée, à l'exclusion de tous autres modes [4]. Ainsi fixé, le principe passera dans la première réformation de la plupart des coutumes [5].

Consultez maintenant les coutumiers du Nord, à l'époque où la maxime *ne prend saisine qui ne veut* triompha au centre. Pour acquérir droit réel en aucuns héritages, à quelque titre que ce soit, il faut appréhension de fait; en matière d'hypothèque spécialement, c'est le nanptissement; en toute autre matière le vest et le devest, la saisine et la dessaisine. L'appréhension de fait a lieu par saisine et dessaisine en la cour du seigneur, par-devant ces hommes, ou par la justice du seigneur ou autre souverain; le vendeur se transporte devant le bailli ou le lieutenant de la seigneurie, et lui remet, en présence de deux hommes de loi, la propriété des héritages vendus par le symbole d'un bâton ou d'une branche, c'est la *dessaisine*, l'*issue*, le *devest*, la *deshéritance*, l'*exfestucation*. Le bailli ou lieutenant remet la branche ou le bâton entre les mains

[1] Grand coustumier, liv. II, chap. 25, 26, 27.

[2] Bouteiller, *Somme rurale*, liv. I, tit. 72, et le paragraphe qui suit, sous la rubrique *Exemple de ce.*

[3] Pasquier, *Recherches*, liv. II, chap. 16.

[4] Anc. cout. de Paris, art. 130.

[5] Cout. de Paris, art. 82. — Brodeau, sur cet article, nos 2 à 6.

Digitized by Google

de l'acheteur, c'est la *saisine*, l'*entrée*, le *vest*, l'*adhéritance*, l'*infestucation*. L'appréhension de fait ainsi consommée, transmet seule à l'acheteur le domaine de la chose vendue, et de deux acquéreurs successifs d'une même chose, le second l'emporte s'il a été seul vêtu, car il a été fait seigneur de la chose à luy vendue. Quand elle fait défaut, elle n'est suppléée que par la prescription décennale : *jouissance de dix ans équipolle à tradition et vesture* [1].

Dans le même temps, la coutume de Bretagne développe, sous la rubrique *des appropriances par bannies et prescriptions*, les notions que nous avons rencontrées dans le vieux coutumier breton du XIIIe siècle. Les bannies ont lieu par trois dimanches de huitaine en huitaine sans intervalle, incontinent après l'issue de la grande messe parochiale, en la congrégation du peuple, à haute et intelligible voix, aux lieux accoutumez. L'opposition est recevable jusqu'à la certification des bannies qui a lieu huit jours après la dernière bannie aux prochains plaids subséquents. La certification faite, celui qui est ainsi approprié est garanti contre tous ceux du duché; il faut pour le garantir contre ceux qui sont hors du duché, qu'il ait de plus possédé la chose par an et jour à courir de la certification. Une possession de dix ans complète l'appropriance dans laquelle on n'a fait qu'une bannie; il faut quinze ans pour suppléer les trois bannies [2].

L'aleu avait précédé la censive dans la voie de l'affranchissement, son isolement, sa nature particulière, ses priviléges constamment reconnus, tout en lui avait facilité son émancipation. Desmares, le comparant au fief, disait : « Alodium est » terra libera, hoc est talis terra de quâ nemini servitium » debetur, nec census, nec tenetur ab aliquo domino, et per » hoc differt à feudo, quia tenetur ab aliquo, et ipsius ratione » cognoscitur superior, et mutato domino oportet solvere.....; » in alodio nihil [3]. » — Bouteiller, le comparant à la censive,

[1] Anc. cout. d'Artois, tit. 2, art. 46. — Cout. d'Artois, tit. 2, art. 71, et la note de Bourdot de Richebourg sur cet article (note *c*). — Anc. cout. de Laon, chap. 2, art. 8, 9, 10, 11. — Anc. cout. de Chauny, tit. 2, art. 7; tit. 10, art. 52, 53. — Anc. cout. de Péronne, chapitre *Comment l'on se peut jouer de son héritage jusqu'à mettre la main au baston par dessaisine*. (B. de Richebourg, t. II, p. 610.)

[2] Anciennes coutumes de Bretaigne, chap. 14, art. 268. — D'Argentré, *Des appropriances, protheoria*, nos 1 à 4.

[3] Desmares, décis. 17 et 371.

Digitized by Google

ajoutait : « Tenir en franc-aleu si est tenir de Dieu tant seule-
» ment..... Et en plusieurs lieux pour faire vente de son alleux
» il n'y faut que la cognoissance qu'en fait le vendeur par-
» devant notaire ou tabellion, et lettres sur ce lever, ou par-
» devant gens sur son séel, s'il a seul cogneu dont les lettres
» s'en facent [1]. » Les coutumes du Nord elles-mêmes le dispensaient des formalités du vest et du devest : « Un franc-aleu,
» n'y a dessaisine ne saisine [2]. »

Au milieu de ces transformations, la possession annale, considérée comme complément de l'ensaisinement, a perdu de son autorité et a fini par tomber dans une désuétude presque complète. Le développement de la civilisation lui a enlevé son utilité, et le contact du droit romain l'a rejetée dans la sphère purement possessoire. A peine en trouve-t-on encore quelques traces, soit dans des coutumes exceptionnelles, soit dans des hypothèses particulières [3].

Quelle qu'ait été, dans le progrès que nous venons d'étudier, l'influence du droit romain, elle n'a porté néanmoins que sur l'ensemble, et la vente germanique a conservé son caractère propre. Au XVe siècle, non plus qu'au Xe, le droit français n'admet la théorie anormale du droit romain des préteurs sur les effets de la vente et l'obligation du vendeur quant à la translation du domaine. On a vu déjà sous la plume des coutumiers l'expression de *sires* ou celle de *propriétaire* appliquée à l'acheteur qui a reçu le vest de la chose vendue. Desmares se demande, dans le cas d'un immeuble soumis au retrait lignager, qui a été vendu et livré par le premier acheteur à un second pendant le délai du retrait, à qui le retrayant devra s'adresser. Il répond : au propriétaire; mais quel est ce propriétaire? Ce n'est pas le premier acheteur, car il n'est plus *propriétaire* de la chose, mais le second, le tiers ou le quart, *qui est le vray propriétaire* [4]. — Dans cette théorie, la vente de la chose d'autrui doit être nulle, elle l'est en effet, Bouteiller nous le dit : *on ne doibt vendre ne donner chose d'autruy ne eschanger* [5].

[1] Bouteiller, *Somme rurale*, liv. I, tit. 84. — Grand coustumier, liv. I, chap. 10.

[2] Cout. de Montdidier et Roye, art. 267.

[3] Parieu, *loc. cit. sup.* — Bretagne (anc. cout.), art. 269.

[4] Desmares, décis. 142.

[5] Bouteiller, *Somme rurale*, liv. I, tit. 67. — Cf. Masuer, *Practica forensis* (trad. de Fontanon), chapitre *Des venditions et achapts*, n°s 22, 24.

Digitized by Google

En résumé, suivant le droit français, la propriété n'est pas transférée par le seul effet du contrat de vente, la tradition est nécessaire pour faire passer du vendeur à l'acheteur le domaine de la chose vendue, tradition simple par le vendeur lui-même dans la plupart des coutumes, tradition solennelle par le seigneur ou ses hommes dans certaines coutumes exceptionnelles qui recevront bientôt de cette particularité le nom collectif de *coutumes de nantissement* ou *de saisine*.

VI. *Théories des glossateurs sur les promesses de vente.* — Tandis que la pratique française suivait, sur la nature de la vente, les principes qui viennent d'être retracés, l'école et la science demeuraient fidèles à la théorie du droit romain. Elles enseignaient, après Paul, Ulpien et Africain, que la vente n'obligeait le vendeur qu'à procurer à l'acheteur la libre possession de la chose vendue, *vacuam possessionem*, et, après Paul, Ulpien et Africain, elles tiraient de cette prémisse les conclusions que nous avons vues, sur la vente de la chose d'autrui, la garantie du trouble ou de l'éviction, etc.

Sur ce terrain, les docteurs étaient univoques; il en était autrement sur le terrain des promesses de vente. Dans cette nouvelle sphère, la pratique judiciaire les plaçait chaque jour en présence de conventions importantes sur lesquelles le droit romain, leur guide habituel, ne leur offrait point de décisions topiques. Il fallait se référer à la théorie générale des obligations, c'est-à-dire raisonner du connu à l'inconnu : de là des divisions, de là des controverses.

Pour bien saisir les discussions des glossateurs et des bartolistes dans cette matière, il faut distinguer les promesses de vente unilatérales des promesses synallagmatiques; leurs systèmes perdront peut-être à cette distinction un peu de leur physionomie propre, mais ce qu'ils perdront en couleur locale, ils le gagneront en clarté.

On admettait généralement que les promesses unilatérales différaient en tous points de la vente, et l'on avait raison; un contrat unilatéral ne saurait se confondre avec un contrat synallagmatique. Il n'en restait pas moins un contrat, l'accord de deux volontés sur un fait à accomplir ultérieurement, la vente, qui engendrait à la fois une obligation pour celui qui avait donné la promesse, une action pour celui qui l'avait reçue. Quelle était cette obligation? A quel résultat devait conduire cette action?

Digitized by Google

Sans doute, disait-on dans un premier système, l'obligation directe du promettant est de vendre, de s'entendre avec l'acheteur sur la vente et de passer contrat; elle ne saurait être de livrer la chose qui a fait l'objet du contrat. Mais ne vaut-il pas mieux, au lieu de s'embarrasser dans ce circuit, contraindre le promettant *rectâ viâ* à exécuter la vente, comme si elle était déjà parfaite, et à faire délivrance de la chose pour le prix fixé à l'époque de la promesse, si un prix a été fixé, sinon pour un prix à convenir ou à fixer par experts? N'évite-t-on pas ainsi les ambages que la loi repousse si soigneusement en toute occasion? Ne fait-on pas ainsi une application topique de la maxime *ex sola promissione aliquid faciendi agi potest ac si id jam factum esset?* Ne voit-on pas d'ailleurs la loi mettre à chaque instant sur le même rang la promesse d'un fait et le fait lui-même, frapper des mêmes prohibitions la vente et la promesse de vente, soumettre aux mêmes règles le payement et la promesse de payement, la dot réalisée et la dot simplement promise? Ainsi raisonnaient Alexandre, Jason, Socin, Bohier, Guy-Pape et Tiraqueau, ainsi l'avait jugé le parlement de Paris, au rapport de ce dernier docteur, dans une espèce qu'il relate au long [1]. Cette doctrine, poursuivaient-ils, vraie en thèse générale, acquiert un caractère de vérité plus grand encore dans le cas spécial où la promesse de vente est faite avec limitation de temps; alors, en effet, l'expiration du terme advenant sans que l'engagement ait été réalisé, autorise celui qui l'a reçu à le tenir pour effectué, et à agir comme s'il l'était réellement. *Si quis promiserit intrà certum diem se obligaturum ad dandum mihi decem, potest statim cedente die sine aliâ obligatione conveniri ad illa decem* [2]. Dans ce premier système donc, celui qui aurait reçu la promesse de vente pouvait poursuivre directement le promettant en délivrance de la chose promise.

Ces conclusions étaient vivement contestées par Dèce, que soutenaient Angelus, Imola, Salicet, Bertrand et Cépola. Celui qui promet de vendre, disait Dèce, n'a pas l'intention de vendre dès à présent, les termes mêmes de son engagement l'indiquent,

[1] Tiraqueau, *De utroque retractu*, De retrait conventionnel, *ad fin. it.*, §§ 25 à 42.

[2] Tiraqueau, *loc. cit.*, n° 26. — On alléguait les lois 19, C., *Ad leg. falc.*; 20, § 1, D., *De donation.*; 7, C., *De præd. minor.*; 53, D., *De condict. indeb.*, et 41, D., *De pactis.*

Digitized by Google

et le forcer de prime abord à exécuter une vente qui n'existe pas encore, serait évidemment méconnaître son intention ; il s'est obligé à vendre, il se libérera en vendant, *obligatus ad vendendum liberatur vendendo simpliciter, nec per talem promissionem obligatur ad tradendum*. S'il refuse de vendre, on le condamnera en des dommages-intérêts, car l'obligation de vendre est une obligation de faire, et l'on sait le principe, *ad factum quid, præcisè nemo tenetur*. En vain allégue-t-on qu'il faut éviter les circuits, cette règle n'est vraie qu'autant que le circuit ne présente pas une utilité particulière, et il a pour effet ici de conserver à l'obligation sa nature véritable. En vain pose-t-on en principe que la promesse d'un fait est généralement mise sur le même rang que ce fait lui-même. Donner et promettre de donner sont deux, dit Salicet; il y a une grande différence entre ratifier et promettre de ratifier, ajoute Paul de Castro ; autre chose est cautionner, poursuit Cépola, autre chose promettre de cautionner, la loi elle-même décide que dans ce dernier cas l'inexécution conduit à des dommages-intérêts. Il y a loin d'une promesse de mariage à un mariage réalisé, continue Tiraqueau ; l'action qui naît de la vente, dit encore Bertrand, est une action de bonne foi, celle qui naît de la promesse de vente une action de droit strict; enfin, conclut Alexandre, le prince des jurisconsultes, la promesse de vente ne fait pas courir les intérêts comme la vente [1].

On conçoit aisément qu'un pareil système de dialectique, procédant par assimilation, ne comportait guère de limites; aussi Tiraqueau, après avoir compendieusement relaté les points qui précèdent et bien d'autres encore, concluait-il : *Dies me deficeret, si omnes sigillatim recensere vellem* [2].

Un schisme qui, avec le temps, se manifesta dans le parti de Dèce, donna naissance à un troisième système. Si tous les docteurs qui suivaient ce parti admettaient que le promettant devait être poursuivi en réalisation de la vente, tous n'admettaient pas qu'il dût être, en cas de refus, condamné à des dommages-intérêts. La maxime *nemo potest præcisè cogi ad factum*, disaient ces dissidents, ne s'applique qu'aux faits extérieurs et corporels, aux faits qui sont de telle nature qu'ils ne

[1] Tiraqueau, *loc. cit.*, nos 43 à 62.
[2] Tiraqueau, *loc. cit.*, no 53.

Digitized by Google

peuvent être exécutés que par le débiteur; or ici le fait de la vente peut être suppléé par un jugement qui ordonnera au promettant de passer acte ou de réaliser la vente dans un délai préfix, et, en cas d'inexécution dans le délai imparti, tiendra lieu d'acte de vente à l'autre partie.

Des trois systèmes, ce dernier était le seul vrai. Le premier faisait un pas de trop en avant; tout en reconnaissant avec Jason que *nec ex promissione vendendi transfertur jus aut dominium*, il violait aussitôt le principe qu'il avait posé. Le second faisait un pas de trop en arrière; l'inexécution seule pouvait légitimer contre le promettant une condamnation en dommages-intérêts, et elle ne pouvait résulter que d'une mise en demeure. On verra plus loin comment, au temps de Pothier, les dissidents du parti de Dèce l'avaient emporté dans la pratique [1].

La controverse n'était pas moins vive dans la matière des promesses synallagmatiques, les raisonnements étaient à peu près les mêmes.

Si le parti d'Alexandre voulait donner à la promesse unilatérale l'effet direct d'une vente, à plus forte raison devait-il l'imposer à la promesse synallagmatique. Ici du moins il n'avait point à parler de la nécessité d'éviter des circuits, et il lui suffisait de dire, avec la loi 15, D., *De reg. jur.*, *Is qui actionem ad rem recuperandam habet, rem ipsam habere videtur*. Il cherchait bien ensuite des assimilations dans les principes relatifs aux contrats conditionnels, dans ses règles de la dot et du mariage, mais il serait oiseux de le suivre avec Tiraqueau dans ses explorations sans limites. Il concluait que celui qui avait promis de vendre était un véritable vendeur; celui qui avait promis d'acheter, un véritable acheteur; et que si, postérieurement à la promesse réciproque, il y avait à la fois tradition de la chose et payement du prix, la vente serait censée exécutée et ses effets entraînés de part et d'autre [2].

Jason qui, dans la controverse des promesses unilatérales, suivait l'avis d'Alexandre, l'avait abandonné, dans celle des promesses synallagmatiques, pour celui de Dèce. Ces sortes de défections n'étaient pas rares à cette époque. Sa lutte avec Socin

[1] Pothier, *Vente*, part. VI, art. 1, § 1, n° 476

[2] Tiraqueau, *loc. cit.*, n°s 68 à 85.

Digitized by Google

sur cette matière avait fait bruit dans l'école, et le souvenir s'en était transmis jusqu'à Tiraqueau, qui l'a lui-même transmis à la postérité comme un legs précieux du passé; *quâ in specie, patrum nostrorum memoriâ, duo ejus tempestatis primarii interpretes multis magnisque uterque rationibus invicem contenderunt.* Jason disait : Autre chose est vendre, autre chose promettre de vendre; si postérieurement à la promesse le promettant livre la chose promise, il n'en transfère point le domaine, car la promesse ne saurait donner naissance à une tradition de propriété, mais seulement à une action personnelle en réalisation de cette promesse. *Nec ex promissione transfertur jus aut dominium, sed tantum actio personalis contrà promissorem.* D'où suit encore que celui qui a reçu la chose n'en gagne pas les fruits et que le risque de cette chose ne lui incombe pas, et il citait les lois 21, § 4, D., *De act. empt.*; 40, D., *De contr. empt.*; t. II, C., *De pign. act.* Il concluait enfin que chacun des deux contractants n'avait qu'une action personnelle pour arriver à une réalisation de la vente, ou, le cas échéant, à une condamnation en dommages-intérêts [1].

VII. *Doctrine de Dumoulin sur les promesses de vente.* — La question des promesses de vente s'offrit d'abord à Dumoulin dans les matières féodales. Tout acheteur d'une censive, suivant la coutume de Paris, devait au seigneur censier un droit de *lods et ventes;* ce droit frappait à la fois dans la vente le contrat et la mutation; le contrat par les *ventes, ventæ specialiter sunt quod in casum venditionis debetur;* la mutation par les *lods, laudimia enim, vulgò lods, propriè complectuntur quidquid propter venditionem aut aliam alienationem laudativi nomine domino directo debetur* [2]. Si un censitaire promet à un tiers de lui vendre sa censive, ou si un censitaire promettant à un tiers de lui vendre sa censive, ce tiers lui promet en retour de l'acheter, dans ce double cas y a-t-il vente, y a-t-il droit pour le seigneur d'exiger les lods et ventes?

La réponse est facile quand il s'agit d'une promesse unilatérale. Autre chose alors est vendre, autre chose promettre de vendre; autre chose donner, autre chose promettre de donner; le droit n'est donc pas dû. *Nec verba nec mens consuetudinis*

[1] Tiraqueau, *loc. cit.*, nos 64 à 68.
[2] Dumoulin, *ad Cons. paris.*, § 76, gl. 1, n° 4.

Digitized by Google

verificantur, ergo cessat ejus dispositio [1]. Dumoulin ne donne pas d'autre développement à sa doctrine, on ne saurait dire conséquemment lequel il suit des trois systèmes qui l'ont précédé, tout au plus serait-il permis de conjecturer qu'il embrasse celui de Dèce.

Pour les promesses synallagmatiques, aucun des systèmes proposés ne satisfaisait Dumoulin; ils étaient trop absolus, il faut le reconnaître. Dire sans distinction que la promesse de vente valait vente, c'était méconnaître le plus souvent l'intention des parties, qui n'avaient voulu vraisemblablement stipuler qu'une vente future, sans quoi elles auraient passé de suite une vente, et non pas seulement une promesse de vente. D'un autre côté, enseigner qu'une promesse de vente n'équivalait jamais à une vente, c'était attacher aux termes que les parties avaient employés une importance qui souvent n'était pas dans leur pensée, et s'exposer à violer le fond pour sauver la forme.

Entre deux systèmes également vrais et également faux, la difficulté se tranche par une distinction. Dumoulin tira la sienne du droit suivi en matière de fiançailles. On distinguait en effet deux sortes de fiançailles : dans les unes, les parties avaient en vue un mariage présent, bien qu'elles s'exprimassent en termes d'avenir, on disait alors qu'il y avait *sponsalia de præsenti*, et l'on ajoutait *per illud contrahitur matrimonium;* dans les autres, les parties conformaient leurs paroles à leurs pensées et n'entendaient se lier que pour l'avenir, on disait alors qu'il y avait *sponsalia de futuro,* et les contractants pouvaient encore se dédire [2].

Dumoulin, transportant cette distinction des promesses de mariage aux promesses de vente, enseigna que si la promesse de vente était faite *de præsenti,* elle n'était alors qu'une vente, et tombait sous le coup du droit de lods et ventes; que si au contraire elle était faite *de futuro,* elle n'était alors qu'une simple promesse et non point une vente, et échappait à la disposition coutumière [3].

Mais comment distinguer la promesse *de præsenti* de la promesse *de futuro ?* L'intention des parties servira de guide à cet effet, répond Dumoulin. Si cette intention, révélée par les termes

[1] Dumoulin, *loc. cit.*, § 78, gl. 1, n°s 78, 79, 80.
[2] Tiraqueau, *loc. cit.*, n° 54.
[3] Dumoulin, *loc. cit.*, § 78, gl. 1, n° 82.

Digitized by Google

que les contractants auront employés se rapporte à une vente future, dont la promesse n'est que le préliminaire, il y aura promesse *de futuro*; dans ce cas, les termes du contrat seront le plus souvent dispositifs : *intentio partium et verba dispositiva referantur ad actum de futuro*. Il y aura au contraire promesse *de præsenti*, quand l'intention et les paroles des contractants auront trait à une vente actuelle, et que d'ailleurs la promesse contiendra les éléments constitutifs de la vente; dans ce cas, les termes du contrat auront un sens obligatoire, ils n'énonceront plus seulement, ils ordonneront, *secùs si et verba obligativa et mens referantur ad actum præsentem, et omnia ad substantiam actûs requisita præsto sint*[1].

Dumoulin précise encore plus, il donne un exemple de ce qu'il entend par promesse *de præsenti : promitto talem tanti vendere, tradere, et intrà tot dies instrumentum authenticum sub tali sigillo, putà parisiensi, conficere*. Puis il ajoute : Les termes de cette convention semblent se rapporter à l'avenir, mais en réalité il s'agit d'une vente actuelle, le consentement, *promitto*, la chose, *talem rem*, le prix, *tanti*, tous les éléments essentiels de la vente sont réunis. *Licet inserantur verba sonantia in futurum, nihilominùs celebratur actus de præsenti*[2].

Transportée du droit féodal dans le droit civil, la distinction de Dumoulin donne le résultat suivant : en la forme, la promesse de vente n'est point une vente, elle ne contient d'engagement que pour l'avenir; mais au fond, tantôt elle a les effets d'une simple promesse, tantôt ceux d'une vente. La première hypothèse se réalise dans les promesses *de futuro*, la seconde dans les promesses *de præsenti*. Dans le premier cas, Jason l'emporte sur Socin; dans le second, Socin sur Jason. Dans l'un, chacun des promettants a une action personnelle pour contraindre l'autre à réaliser la vente; dans le second, chacun des promettants a une action personnelle pour obtenir, l'acheteur la délivrance de la chose, le vendeur le payement du prix.

Dumoulin n'est pas allé jusqu'à déduire ces conséquences des principes qu'il avait posés; la question cependant s'est présentée à lui dans les matières civiles, mais il ne l'a tranchée que sommairement. Les frères Colin avaient promis à Claude

[1] Dumoulin, *loc. cit.*, ibid.
[2] Dumoulin, *loc. cit.*, ibid.

Digitized by Google

Franchet de lui vendre le domaine de Montrond moyennant 50 livres : quelle était la nature de cette promesse? On opposerait inutilement, répondait Dumoulin consulté sur la question, qu'il n'y a là qu'une promesse de vente, et non une vente. Promesse de vente en la forme, cette convention est au fond une véritable vente, car elle contient tous les éléments d'une vente. *Nec obstat si dicatur quid in eo contractu non est venditio, sed promissio de vendendo..... quia respondetur primò quòd illud non est verum quandò omnia substantialia venditionis de præsenti interveniunt, prout ibi intervenerunt, quia tunc pactum de vendendo transit in venditionem, et est actualis venditio* [1].

Créée pour les besoins du droit féodal, la distinction de Dumoulin dominera bientôt la théorie des promesses de vente dans le droit civil, où son application soulèvera de nouveaux orages.

VIII. *Distinction de la vente et de l'échange, et nature de la vente suivant Dumoulin.* — A l'époque de Dumoulin, le prix monnayé faisait le caractère distinctif de la vente et de l'échange, et le droit français avait abandonné, sous l'influence du droit romain, le souvenir de ses traditions primitives. Bouteillier écrivait encore, à la fin du XIVe siècle, qu'il y avait plusieurs moyens dont les ventes et achats se faisaient, d'abord *par le moyen de l'argent qu'accordé en estoit,* ensuite *par le moyen de l'échange qui pour ce ne faict, soit de terre contre autre, ou de chose meuble contre héritage, ou d'héritage contre chose meuble* [2]. Mais, au XVIe siècle, Charondas, en annotant la *Somme rurale,* écrivait en regard du passage qui précède : *Il mesle l'emption-vendition avec la permutation, encores qu'il y ait différence, tant pour la nature des contrats que pour les actions qui en procèdent* [3].

Un intérêt particulier contraignit les feudistes de s'écarter, dans les matières féodales, de la distinction du droit romain. Les droits seigneuriaux n'étaient pas les mêmes dans la vente et dans l'échange. L'échange, dans les fiefs, était soumis à un simple droit de relief peu considérable; il ne paraît pas que, dans les censives, il fût atteint par le droit de lods et ventes qui s'attachait exclusivement à la vente. Celle-ci, au contraire,

[1] Dumoulin, *Consilia*, cons. 30, §§ 5 à 7.
[2] Bouteillier, *Somme rurale*, tit. 67.
[3] Charondas, *sur Bouteillier*, tit. 67.

Digitized by Google

dans les fiefs comme dans les censives, était frappée d'un droit onéreux, de quint ou de lods et ventes. Que faisaient les vassaux et les censitaires en présence de la faveur qui s'attachait à l'échange? Ils ne vendaient plus, ils n'achetaient plus, ils échangeaient. On ne voyait plus de prix monnayé figurer dans les aliénations de fiefs ou de censives : il n'y était plus question que d'héritages et de choses meubles; et les contractants, forts du droit romain qui proclamait que là où il n'y avait pas de prix en argent il n'y avait pas de vente, se retranchaient dans l'échange, pour éluder à loisir les dispositions de la coutume.

Afin de déjouer ces fraudes, *ad vitandas fraudes quas alioquin ad hæc jura excludenda facile esset et promptum infinitis modis excogitare et admittere.....*, les feudistes imaginèrent d'appeler vente ce qu'on appelait échange en droit romain, c'est-à-dire la dation d'un immeuble en retour d'un meuble ou en retour d'un immeuble estimé dans le contrat. De là dans leurs livres deux sortes de ventes, la vente du droit civil et la vente du droit féodal [1].

Cette distinction se retrouve dans Dumoulin. La vente du droit civil prend sous sa plume les noms de *venditio strictè sumpta*, *strictissimè et propriè sumpta;* le prix monnayé est de son essence, *videlicet interveniente certo pretio in pecuniâ numeratâ;* son domaine est exclusif, quels que soient les points de ressemblance qui puissent en rapprocher un autre contrat, *nunquàm appellatione venditionis vel emptionis venit alius contractus, etiam similis, sed nomine et specie differens, qualis est permutatio* [2]. — La vente du droit féodal a un domaine plus étendu, elle rallie autour d'elle et fait participer à sa nature toutes les aliénations qui ont avec elle quelque point de contact, l'échange d'abord, puis la dation en payement et d'autres encore. *Hìc venditionis loco habetur datio in solutum pro pecuniâ, vel cessio aut datio pro rebus aut juribus certâ pecuniâ æstimatis....., in quâvis alienatione symbolizante et reducibili ad venditionem* [3].

Ainsi, Sabiniens un instant à titre de feudistes, les jurisconsultes redeviennent Proculéiens en rentrant sur le territoire du

[1] Dumoulin, *ad Cons. paris.*, § 78, gl. 1, n° 9. « Talis est communis observantia in hoc regno multùm æqua et justa..... »

[2] Dumoulin, *loc. cit.*, ibid., n°s 1, 2.

[3] Dumoulin, *loc. cit.*, ibid., n°s 8 et 9.

Digitized by Google

droit civil. On vient d'entendre Dumoulin ; d'Argentré dit également en parlant des contrats qui symbolisent la vente : *De talibus, inquam, ut de venditionibus judicari solet, quantùm ad laudimiorum judicium ;* puis il ajoute : *Ne fraus fiat dominis locorum, paulùm modò mutatis verbis*[1].

On rencontre aussi dans les livres de Dumoulin les deux systèmes du droit romain et du droit coutumier sur la nature de la vente ; à la différence des écrivains du XVe siècle et de quelques auteurs du XVIe, il ne les confond jamais ensemble ; seulement, pour ne point lui attribuer sur ce point une opinion qui ne soit pas la sienne, il faut distinguer soigneusement en lui le jurisconsulte français commentant la coutume, du jurisconsulte romain expliquant le Digeste ou le Code.

Consultez celui-ci, il vous dira avec Pomponius, dont il invoque le témoignage : *Venditor non tenetur emptorem facere dominum totius vel partis, sed tantùm vacuam rem tradere et facere ut emptori frui habereque liceat.* En écrivant ces lignes, Dumoulin commente la loi *cùm pro eo,* du Code de Justinien, dans son *Tractatus de eo quod interest ;* elles viennent au milieu d'une discussion qu'il serait oiseux de reproduire ici, et Dumoulin lui-même annonce qu'il tire son argument du droit civil, *confirmo hanc secundam partem civili quoque ratione ;* enfin à la suite il allègue la loi 3, D., *De act. emp.*[2].

Interrogez, au contraire, le jurisconsulte français. Le droit de lods et ventes se perçoit sur la mutation qui résulte de la vente ; supposez une vente conditionnelle, la tradition a lieu *pendente traditione.* Le droit sera dû, enseigne Dumoulin, *amplia etiam si pendente conditione procedetur ad traditionem et translationem dominii*[3]. Ces expressions sont remarquables. — Ailleurs, un fief a été vendu, une tradition feinte est intervenue dans le contrat même ; plus tard les parties se désistent, le seigneur conserve-t-il son droit de retrait ? Oui, car ce droit s'ouvre à chaque mutation, et la tradition feinte a eu pour effet de dé-

[1] D'Argentré, *De laudimiis*, cap. 1, § 1.

[2] Dumoulin, *Tract. de eo quod interest*, n° 127. — M. Troplong, *Vente*, n° 4, après avoir exposé la théorie romaine sur la nature de la vente, poursuit : « La doctrine que je viens d'exposer sur les effets de la vente passa » tout entière dans l'ancien droit français sous les auspices de Dumoulin et de Pothier. » En ce qui touche Dumoulin, il cite le *Tract. de eo quod int.*, n° 127. — Cf. Duranton, *Vente*, n° 18.

[3] Dumoulin, *ad Cons. paris.*, § 78, gl. 5, n° 40.

Digitized by Google

placer le domaine comme une tradition réelle. Ici encore les termes de Dumoulin sont remarquables : *Quia æquè per traditionem fictam transfertur verum dominium* [1]. — Plus loin, à la question de savoir ce qu'il faut penser d'une tradition faite à un mandataire et de son effet à l'égard du mandant, Dumoulin répondra : *Per traditionem si factam immediatè acquirimus nobis ipsis dominium et possessionem* [2]. Enfin, à chaque pas on trouve sous la plume de Dumoulin la formule suivante, qui certes n'est pas romaine : *Venditor..... transtulit dominium in emptorem* [3].

Dumoulin soutient donc les traditions du droit français; la vente, pour lui, ne transfère la propriété que par l'intermédiaire d'une mise en possession de l'acheteur. Il fait plus, il les défend contre l'envahissement de principes hostiles.

Jusqu'ici nous n'avons vu en présence dans cette matière que les deux systèmes du droit romain des préteurs et du droit français primitif; dès le temps de Dumoulin, un troisième s'était produit. Il avait pris naissance dans le formalisme notarial, et particulièrement dans la *clause de dessaisine* qu'on insérait alors, comme clause de style, dans tous les contrats de vente. Par cette clause, le vendeur se dessaisissait de ses droits sur la chose vendue et donnait procuration à l'acheteur pour qu'il se mît lui-même en possession. On arriva bientôt, par le développement de cette fiction, à considérer le dessaisissement du vendeur comme une tradition, à supposer la remise de la chose comme faite *ipso jure* dès le temps du contrat, et à conclure que la translation de propriété résultait du contrat, en vertu de cette sorte de tradition feinte qu'il contenait. On chercha même à cette théorie nouvelle des points d'appui dans le constitut et le précaire et dans les traditions de brève main en général.

Dumoulin combat ces prétentions. La clause de dessaisine, dit-il, n'équivaut point à une tradition feinte; de deux acheteurs successifs, si le second n'avait à invoquer pour lui qu'une clause de cette nature, sans autre mise en possession, il devrait assurément céder au premier; cette clause n'ajoute rien au contrat, elle en corrobore seulement les dispositions;

[1] Dumoulin, *loc. cit.*, § 20, gl. 5, n° 15.
[2] Dumoulin, *loc. cit.*, § 38, gl. 2, n° 22.
[3] Dumoulin, *loc. cit.*, § 78, gl. 1, n° 15.

Digitized by Google

œuvre du notaire et non des parties, elle ne modifie point pour l'acheteur les droits résultant du contrat, elle lui donne tout au plus le droit de se mettre en possession. *Si apponatur in contractu venditionis... non importat nisi facultatem possessionis apprehendendæ, et non aliud*[1].

Repoussé par Dumoulin, ce système reparut au palais en 1595, le parlement donna gain de cause à Dumoulin. Un père avait donné un immeuble à son fils en contrat de mariage, sans lui en faire la délivrance ; cinq ans après, il l'avait vendu et livré à un tiers. Conflit entre le donataire et l'acheteur. L'acheteur disait : *non pactionibus sed traditionibus dominia rerum transferuntur ;* la loi *quotiens*, (15, C. *de rei vindic.*), entre deux acquéreurs successifs d'une même chose donne la préférence à celui qui a été mis en possession, et la loi *quotiens* se garde en France, Balde et Guy Pape l'attestent. — Le donataire répondait qu'il y avait « grande différence entre les vendi- » tions que nous lisons en droict, et celles qui se contractent » en France par-devant notaires ; » puis, après avoir rappelé les principes du droit romain, il poursuivait : « mais que *jure* » *nostro* c'était autre chose que le style commun des notaires » les quels par les clauses ordinaires dessaisissaient le vendeur » et saisissaient l'acheteur de la chose acquise, l'en rendaient » le vray seigneur et propriétaire, faisant renoncer le vendeur » à tous droicts qu'il eût pu prétendre, et donnant une hypo- » thèque spéciale sur la chose, *quæ in rem potius quam in per-* » *sonam dabat actionem.* » Par arrêt du 29 avril 1595, le parlement de Paris jugea que la loi *quotiens* se gardait au palais[2]. Les partisans du nouveau système ne se tinrent pas pour condamnés sans recours, nous ne tarderons pas à les retrouver.

IX. *De la doctrine et de la jurisprudence sur les promesses de vente après Dumoulin.* — Pour les promesses de vente synallagmatiques, Dumoulin n'avait fait que distinguer les promesses *de præsenti* des promesses *de futuro*, assigner aux premières le caractère de véritables ventes, et poser leur formule en ces termes : *promitto talem rem tanti vendere.* Quant à leurs effets, il n'en avait rien dit.

Après lui, on admit généralement la distinction qu'il avait

[1] Dumoulin, *loc. cit.*, § 28, gl. 1, n° 16.
[2] Louet, lett. V, somm. 1, n° 1.

Digitized by Google

proposée, on calqua de même les exemples de la promesse *de præsenti* sur la formule qu'il avait donnée ; mais l'imitation n'alla pas plus loin, la controverse s'empara de la matière et ne tarda pas à obscurcir jusqu'aux notions qu'il avait laissées.

Quelle était l'obligation de celui qui avait donné une promesse de vente *de futuro ?* Dumoulin avait dit que cette promesse n'était pas une vente, et que les lods n'en étaient pas dus. La doctrine répondit après lui que la promesse *de futuro* n'était pas une vente, qu'elle n'obligeait pas précisément à relâcher les choses vendues, qu'elle ne conduisait pas précisément à la tradition de la chose, et que l'effet devait s'en résoudre à quelques dommages-intérêts. Certains auteurs pouvaient à la vérité être allégués au contraire, mais la plus commune opinion tenait pour Dumoulin. On disait encore après lui que de cette promesse il n'était point dû de lods, et l'on en donnait avec d'Argentré la raison qu'autre chose est vendre, autre chose promettre de vendre, *quia aliud sit rem vendere, aliud promittere de vendendo* [1].

Quelle était l'obligation de celui qui avait donné une promesse *de præsenti ?* Dumoulin répondait que cette promesse constituait une vente, *et est actualis venditio*, et que les lods en étaient dus. Ici commence la confusion. Il faut prendre garde, dit Henrys, de quelle sorte la convention est dressée, car si au lieu d'une simple promesse, on avait parlé de vente, c'est-à-dire si l'on avait parlé en termes de présent, et non de futur, l'acte serait valable et obligatoire ; *comme quand on dit vend dès à présent et que la promesse de passer contrat n'est que pour plus d'assurance* [2].

La jurisprudence, s'il faut en croire Bretonnier, repoussait la distinction d'Henrys, et jugeait dans tous les cas que la promesse de vente obligeait celui qui l'avait faite de l'exécuter et de passer contrat de la vente. Le parlement de Paris l'avait ainsi décidé en 1595, en 1627, en 1658, en 1697. Le parlement de Toulouse l'avait jugé en 1649.

Bretonnier avait de la peine à se rendre à cette jurisprudence ; elle ne le surprenait point au parlement de Paris, cet auguste sénat faisant gloire, dit-il, de ne pas suivre les exemples

[1] Henrys, *OEuvres*, t. I, liv. IV, chap. 6, quest. 40. — Brillon, *Arrêts*, v° *Promesse de vendre*, n° 1. — Despeisses, *OEuvres*, t. I, p. 41, n° 1.

[2] Henrys, *loc. cit.*, ibid.

Digitized by Google

de celui de Rome, mais il s'étonnait qu'elle fût suivie par les parlements de droit écrit, et il la trouvait également contraire aux principes de la vente et à la disposition précise de la loi.

N'était-il pas certain, dans les principes de la vente, qu'une promesse de vendre ne transférait pas la propriété de la chose en la personne de l'acheteur? Autrement, la perte de la chose retomberait sur lui, tandis qu'il est incontestable que le péril regarde le vendeur jusqu'à ce que le contrat de la vente soit passé, c'est le sentiment de Cujas sur la loi 17, C., *de fide instrum.* Ne serait-ils pas injuste que le promettant fût à la fois obligé de passer contrat et tenu de subir le risque de la chose jusqu'au contrat? — D'un autre côté, si la promesse emporte une nécessité absolue de passer contrat, il faut dire que les droits seigneuriaux sont dus dès cette époque, et que les parties ne peuvent se départir de leur promesse au préjudice de ces droits, ce qui n'est pas cependant, au témoignage de Tiraqueau, de d'Argentré, de Dumoulin lui-même.

Quant à la décision du droit, elle est formelle : Justinien, dans la loi 17, C., *de fide instrum.*, et aux Institutes, *de vend. et empt. pr.*, dit expressément que dans les contrats de vente qui se font par écrit, la vente n'est point parfaite, jusqu'à ce que le contrat soit complétement accompli, et que jusqu'alors les parties ont la liberté de changer de sentiment : or, quand dans un contrat de promesse de vente il est dit qu'il en sera passé contrat, c'est une marque que les contractants ont eu le dessein de contrater par-devant notaires, et par conséquent ils sont aux termes de cette loi[1].

Cette doctrine de Bretonnier contient une confusion qui a sa source à la fois dans la théorie de Dumoulin, dans le droit romain et dans la jurisprudence des parlements.

Justinien, par la constitution déjà citée, (17, C. *de fide instrum.*), avait disposé que les ventes verbales qui contenaient un pacte de passer ultérieurement contrat écrit ne seraient censées parfaites qu'après la signature de l'acte. Les interprètes se demandèrent si cette constitution s'appliquait dans tous les cas, par cela seul que les parties avaient stipulé qu'il serait passé contrat, ou si elle ne s'appliquait qu'au cas spécial où elles avaient expressément déclaré vouloir faire dépendre

[1] Bretonnier, *sur Henrys*, loc. cit.

Digitized by Google

l'existence de la vente de la rédaction de l'acte écrit. La majorité des auteurs suivait la seconde opinion qui était admise sans conteste dans la pratique française [1].

D'un autre côté, Dumoulin avait introduit dans la formule des promesses de vente *de præsenti*, ces mots qui ne tenaient cependant pas à leur essence : *et infrà tot dies instrumentum authenticum sub tali sigillo, puta parisiensi, conficere* [2]. Ainsi comprises, la doctrine des interprètes et la formule de Dumoulin établissaient une corrélation évidente entre les ventes conditionnelles du droit romain et les promesses de vente *de præsenti* faites avec clause de passer contrat ; elles conduisaient, les unes comme les autres, au même résultat, à savoir, passer acte de la vente. Elles différaient pourtant en ce que les premières étaient des ventes conditionnelles dans la forme comme au fond, tandis qu'en la forme les secondes étaient des promesses de vente, et au fond des conventions parfaites.

La Jurisprudence, soit qu'il s'agît de ventes conditionnelles ou de promesses *de præsenti* jugeait toujours qu'il devait être passé contrat, et en cela ses décisions étaient fort logiques. La confusion vint des arrêtistes ou des jurisconsultes. Les uns, comme Henrys, confondirent les ventes conditionnelles et les promesses *de præsenti ;* Henrys donnait pour exemple de ces dernières une hypothèse où Titius reconnaissait devoir à Marius la somme de 3000 livres pour semblable réellement reçue, et pour laquelle il lui promettait passer à sa première réquisition constitution de rente annuelle de 150 livres payable à un certain terme [3]. Les autres, comme Bretonnier qu'on vient d'entendre tout au long, ne virent dans les promesses *de præsenti* que des applications de la constitution de Justinien, et attaquèrent la jurisprudence relative à ces promesses par des moyens qui ne tombaient que sur les ventes conditionnelles de la constitution [4]. Brillon allègue, comme exemple d'une promesse *de præsenti*, des conventions de main privée portant *vente de præsenti, et qu'il en serait fait contrat par avis d'avocats* [5]. Sous la rubrique des promesses de vente, Catelan cite

[1] Mornac, *ad L.* 17, C., *De transact.*
[2] Dumoulin, *ad Cons. paris.*, t. II, § 78, gl. 2, n° 83.
[3] Henrys, *loc. cit.*
[4] Bretonnier, *loc. cit. sup.*
[5] Brillon, *loc. cit. sup.*

Digitized by Google

un arrêt du parlement de Toulouse rendu sur un billet par lequel un particulier *avait vendu* une métairie, moyennant un certain prix avec clause qu'elle serait arpentée au plus tôt, *et qu'il en serait passé contrat par-devant notaires,* lors duquel les parties conviendraient des termes du payement[1].

X. *Sur la maxime promesse de vente vaut vente.*—Néanmoins les arrêtistes et les jurisconsultes ne se laissèrent pas tous surprendre par la même erreur, et la doctrine de Dumoulin trouva des adeptes qui la gardèrent pure de tout alliage étranger. Il leur suffit de distinguer dans les décisions de la jurisprudence celles qui s'appliquaient à des ventes conditionnelles de celles qui étaient intervenues sur de simples promesses.

Bretonnier, comme on l'a vu, citait à la fois des arrêts du parlement de Paris de 1627, de 1658 et de 1697, et un arrêt de Toulouse de 1649, les présentant tous comme ayant prononcé sur des conventions de même nature. L'arrêt de Toulouse de 1649 est celui que Catelan résumait de la manière qui a été ci-dessus indiquée, il prononçait sur une vente conditionnelle. L'arrêt de Paris de 1658 avait été rendu au contraire dans les circonstances suivantes.

En 1650, M. de Bouillon avait passé à M. de Bergues une promesse sous seings privés de lui vendre les seigneuries de basse, moyenne et haute justice de Montfous et Bannes, lequel en était possesseur par engagement du roi, en cas qu'il traitât par échange avec le roi de la comté de Beaumont. La promesse de vente portait que la vente serait faite suivant le prix qui en serait réglé par deux gentilshommes. La condition s'accomplit en 1651. M. de Bouillon étant mort, M. de Bergues s'adressa à sa veuve et à ses enfants, et leur demanda l'exécution de la promesse de 1650. Une sentence des requêtes du palais accueillit sa demande et condamna les Bouillon à *passer cession et transport au profit du sieur de Bergues de la juridiction et droits seigneuriaux des paroisses de Monfous et de Bannes.*

Appel des héritiers de Bouillon au parlement. Les appelants disaient : l'écrit de M. de Bouillon n'est qu'une simple promesse de vente et non un contrat, il n'est conséquemment pas obligatoire ; dût-il avoir quelque force, il ne saurait obliger le pro-

[1] Catelan, t. II, liv. V, chap. 4. — Basset, t. I, liv. IV, tit. 12, chap. 1. — Boiceau, *Traité de la preuve testimoniale*, chap. 10.

Digitized by Google

mettant qu'à des dommages-intérêts, et l'on citait les lois romaines à l'appui. — L'écrit de 1650, répondait l'intimé est une véritable vente qui réunit les conditions essentielles de la vente, le consentement, la chose et le prix, et, quoiqu'il ne soit pas réduit en forme d'écrit par des notaires, il n'en est pas moins obligatoire *ad traditionem rei*. Il citait à l'appui, Dumoulin, § 78, gl. 2, n° 82.

Un arrêt du 28 mars 1658 mit les parties hors de cour et procès, et les renvoya à l'exécution de la sentence des requêtes [1].

L'arrêt de 1697 fut rendu dans des circonstances analogues. La convention qui le suscita est ainsi rapportée par Brillon : « *Propositions* convenues entre madame la marquise Duquesne « et monsieur Bosc, pour l'achat de la terre et marquisat Du- « quesne. *Le prix*, 260,000 livres (suivent les échéances et les « clauses d'emploi du prix). La jouissance à commencer au « jour de saint Martin prochain de la présente année 1696. A « condition que messieurs les marquis Duquesne et comte Du- « quesne envoyeront leur procuration en bonne et due forme, « justifieront de leur majorité, et que l'affaire sera agréée par « le roi... » Une sentence des requêtes du palais condamna Bosc, le 4 janvier 1697, à passer *contrat de vente de la terre Duquesne en bonne et due forme* dans la huitaine de la signification, faute de quoi, la sentence tiendrait lieu de ladite vente. Sur l'appel de Bosc, un arrêt du 19 juillet 1697 mit les appellations au néant et ordonna que ce dont avait été appelé sortirait effet [2].

Les deux conventions sur lesquelles intervinrent les arrêts de 1658 et de 1697 étaient bien des promesses de vente *de præsenti*. Bretonnier ne les en plaçait pas moins sur le même rang que la vente conditionnelle rapportée par Catelan. Henrys allait plus loin encore, il citait Dumoulin, en son conseil 30, n° 7, à l'appui du passage que nous avons relaté.

Ces confusions conduisirent les arrêtistes à préciser dans un axiome le principe de la jurisprudence sur les promesses *de præsenti*. Rousseau-Lacombe le formula d'abord en ces termes : « Promesse de vendre un fonds oblige de passer contrat, *quandò*

[1] *Journal des audiences*, t. I, p. 733.
[2] Brillon, *loc. cit. sup.* — Bretonnier, *loc. cit.*

Digitized by Google

» *omnia ad substantiam actûs requisita præsto sunt*[1]. » Cette définition n'était pas complète : elle renfermait bien le genre prochain, pour parler comme l'école, mais non la différence spécifique; le second membre à la vérité ne pouvait s'appliquer qu'aux promesses *de præsenti*, mais le premier se rapportait tout aussi bien aux promesses *de futuro*. Aussi lui préféra-t-on l'axiome de Ferrière : « promesse de vente vaut vente, » lorsque les trois conditions nécessaires pour la formation du » contrat s'y rencontrent, *nimirùm res, pretium et consensus*[2]. » Au lieu de s'attacher au résultat effectif de la jurisprudence, il en scrutait les motifs, il avait un autre mérite, il offrait une traduction aussi fidèle qu'intelligente de la doctrine de Dumoulin : *quandò omnia substantialia venditionis de præsenti interveniunt...., tunc pactum de vendendo transit in venditionem, et est actualis venditio*[3].

L'axiome de Ferrière fit fortune, on le rencontre à chaque pas dans les livres qui traitent de la matière. « La promesse de » vendre une chose, dit Danty, est effectivement une vente, car » elle est obligatoire de part et d'autre, parce que celui qui a » promis de vendre est tenu de livrer ce qu'il a vendu, et celui » qui a promis d'acheter est tenu de le payer[4]. » Bourjon ajoute : « La simple promesse de vendre est aussi tenue que la vente » même, et vaut réellement vente...., mais pour cela il faut que » la promesse de vente contienne les trois choses nécessaires » à la vente[5]. » « La promesse de vendre, dit encore Boucheul, » est obligatoire et a le même effet qu'une véritable vente, puis- » qu'elle en est accomplie des conditions essentielles, *statim at- » que de re et pretio convenerit*[6]. »

La maxime, *promesse de vente vaut vente*, expression fidèle de la doctrine de Dumoulin sur les promesses *de præsenti*, se conserva pure des éléments hétérogènes que la tendance d'Henrys, de Bretonnier et des autres jurisconsultes des pays de droit écrit voulait y introduire. Rousseau-Lacombe, à l'appui de sa maxime, cite les arrêts de 1658 et de 1697, et il nous apprend

[1] Rousseau-Lacombe, *sur Despeisses*, t. I, p. 41, n° 1.
[2] Ferrière, *Dictionn. de pratique*, v° *Promesse de vendre*.
[3] Dumoulin, *Consilia*, cons. 30, n° 7.
[4] Danty, *sur Boiceau* (Traité de la preuve testimon.), add. au ch. 10, n° 2.
[5] Bourjon, *Droit commun*, t. IV, ch. 2, n° 7.
[6] Boucheul, *sur Poitou*, art. 221, n° 105.

Digitized by Google

qu'elle est opposée au sentiment de Bretonnier et de Tiraqueau. Ferrière de même. Boucheul allègue à la fois Dumoulin et l'arrêt de 1658 [1].

De ce qui précède, il est permis de conclure que l'axiome de Ferrière ne se rapportait qu'à la promesse de vente *de præsenti*, et qu'il signifiait que cette promesse de vente équivalait à une vente; que jamais on ne l'a étendue aux promesses *de futuro* pour lesquelles il eût été un non-sens; qu'enfin ainsi compris il est le résumé fidèle de la doctrine de Dumoulin qui en éclaire le sens et la portée. A quelque point de vue qu'on l'étudie, il présente une idée juste et complète. La convention qui en fait l'objet n'est pas une vente en la forme, elle se présente sous les dehors d'une simple promesse, il y aurait donc inexactitude à l'appeler vente, et son nom est donc bien promesse de vente. Mais que vaut cette promesse? Quels sont ses effets? Vaut-elle une simple promesse, comme le veulent Henrys et Bretonnier? Faut-il la confondre avec les ventes conditionnelles et imparfaites du droit romain? Non, elle vaut vente, la jurisprudence ordonne qu'il en sera passé contrat, quand la clause se trouve dans la promesse ou que les parties le demandent, et la doctrine oblige le promettant à la délivrance, et l'autre partie au payement du prix [2].

XI. *De la doctrine et de la jurisprudence sur la vente et l'échange après Dumoulin.* — Trois systèmes se partagent l'ancien droit français, relativement à la nature de la vente. L'un se rattache au droit romain des préteurs, le second au droit germanique, le troisième au principe que nous avons vu combattre par Dumoulin et repoussé par la jurisprudence.

L'école et les pays de droit écrit enseignent, comme Ulpien, comme les glossateurs, que le vendeur n'est tenu, à l'égard de l'acheteur, qu'au *rem licere habere*, et ils ne reculent devant aucune des conséquences de ce principe, la validité de la vente de la chose d'autrui notamment [3]. Ce n'est pas que ce système ne trouve dans l'école même des adversaires puissants. Caillet, professeur de droit à Poitiers au XVIIe siècle, le qualifie d'arbitraire, il lui reproche de n'avoir pas de racines dans le droit

[1] Cochin, *OEuvres*, t. VI, p. 160. — Boniface, t. II, liv. IV, ch. 1.

[2] Troplong, *Vente*, n°s 125 à 130.

[3] Despeisses, *OEuvres*, t. I, p. 9, n° 7. — Ferrière, *Parfait notaire*, liv. V, ch. 1 et 3.

Digitized by Google

naturel, de blesser la raison juridique et de ne tenir qu'à des motifs exceptionnels; il lui préfère le système de la pratique française qui regarde le vendeur comme obligé par le contrat à transférer à l'acheteur la propriété de la chose vendue [1]. A la même époque, Grotius le traite de *commenta juris civilis*, mais il rejette aussitôt le principe de Caillet pour se ranger au troisième système qu'il trouve le plus naturel, *de venditione et emptione notandum, etiam sinè traditione, ipso contractûs momento transferri dominium posse, atque id esse simplicissimum* [2]. On répond bien, de la part des romanistes, que le système du droit romain des préteurs a son fondement dans la nature du contrat de vente, que les termes généralement employés pour monumenter ce contrat ne présentent qu'une obligation de la part du vendeur, celle de céder à l'acheteur tout le droit qu'il a sur la chose en la lui délivrant, et de lui garantir la libre jouissance de ce droit, rien de plus [3]. Mais, il faut l'avouer, ces raisons sont de peu de poids, et il n'y aurait qu'un faible intérêt à s'y arrêter si elles n'avaient rallié l'autorité de Pothier.

Les pays de coutumes se partagent entre les deux autres systèmes; néanmoins, celui qui a pris germe dans le droit français réunit le plus grand nombre d'adhérents, et il se produit au XVIIe siècle et au XVIIIe, dans les conditions où l'a laissé le XVe, c'est-à-dire la conservation des souvenirs germaniques au Nord, avec l'empire contesté de la maxime *ne prend saisine qui ne veut*, dans les autres coutumes.

Les seigneurs se plaignirent vainement de l'abolition du vest et de l'ensaisinement dans les provinces du centre; en vain, dirent-ils, qu'ils en étaient « bien prejudiciez, à cause que par » ce moyen les acquisitions leur estoient cachées ou la plupart » recelées, et par si long temps qu'ils venoient quelquefois en » danger de perdre leur seigneurie, contraints souvent entrer » en grand procès pour ce regard, avec dépens, dommages et » intérêts inestimables [4]. » En vain réclamèrent-ils les lods que ces dissimulations leur enlevaient, Maynard, qui se fait ainsi l'organe de leurs doléances, est forcé de convenir qu'en France

[1] Pothier, *Vente*, n° 48.

[2] Grotius, *De jure belli et pacis*, lib. II, cap. 12, n° 15.

[3] Pothier, *Vente*, n° 48.

[4] Maynard, *Notables et singulières questions de droict escript*, liv. IV, chap. 38.

Digitized by Google

« dessaisine et devest se faisait par le vendeur par le même con-
» trat de vendition, clauses ordinaires et à ces fins accoutumées
» y estre apposées du stile commun et ordinaire des notaires.[1] »
Et Charondas, annotant Bouteiller, nous apprend que de son temps *on n'use nullement de la saisine vuide*, c'est-à-dire de cette saisine qui a lieu « quand aucun baille à un autre la pos-
» session vuide de la chose sans en faire vest et devest ens de
» loy ou de seigneur.....[2] »

L'abolition du vest pénétra même dans quelques provinces du Nord, et y amena, par suite d'une sorte de réaction, l'établissement formel du troisième système que nous avons mentionné. « Si tost, dit la coutume de l'évêché de Metz, qu'il y a
» contract fait et passé par-devant tabellion, et sous le sceau du
» prince, la tradition de ce qui en a esté convenu et contracté
» est entendue faite ; *de sorte que l'acheteur sans autres forma-*
» *litez en est fait et rendu possesseur*[3]. » — «..... Par la vendi-
» tion et tradition des dictes lettres, poursuit la coutume de
» Verdun, sans autres vest ny devest, l'acquesteur est réputé
» possesseur et propriétaire, et peut par soy appréhender la
» possession de fait[4]. » On croirait lire, dans un formulaire du temps, les termes de la clause de dessaisine[5].

Les coutumes de Metz et de Verdun, et les quelques autres qui suivaient leurs principes, ne formaient néanmoins qu'une très-minime exception au droit commun des pays du Nord. Dans les provinces belgiques, on ne pouvait acquérir droit réel sur une chose, à quelque titre que ce fût, sinon par *œuvres* ou *devoirs de loy*. Ces devoirs s'accomplissaient le plus souvent devant le bailli, deux échevins et le greffier, ailleurs devant le mayeur et les échevins. Ils consommaient la dessaisine ou la déshéritance du vendeur, en même temps que la saisine ou l'adhéritance de l'acheteur, en un mot ce que les coutumes belges appellent le *halm*, par un souvenir tout germanique[6].

[1] Maynard, *loc. cit.*, ibid.
[2] Charondas, *sur Bouteiller* (Somme rurale), liv. I, tit. 22.
[3] Metz, tit. 7, art. 3.
[4] Verdun, tit. 10, art. 4.
[5] « Ce que les notaires anciennement disaient, s'est desaisi et devêtu et
» démis en notre main, comme en main de justice par rains de baston, pour
» et au profit de l'acheteur. » (Note de Brodeau sur la cout. de Laon, art. 126; Richebourg, t. II, p. 465, note *a*.)
[6] *Halm* répond au latin *festuca*.

Digitized by Google

On faisait mention du transport sur un registre à ce destiné, et l'enregistrement seul faisait dater l'aliénation [1].

Dans les provinces françaises, le principe, les formes et les symboles étaient à peu près les mêmes. On tenait registre de la création de tous les droits réels qui pouvaient affecter tel ou tel immeuble, qu'il s'agît de nantissement, de vest ou de devest, de saisine ou de werp. Le vest, la saisine et le werp se faisaient communément, à Laon par la tradition d'un petit bâton ou bûchette; de même à Reims, dans le duché de Bouillon, par une bûchette; à Orchies, par rain et baston. L'accomplissement de ces formalités consommait la translation du domaine, et ne pouvait être suppléé que par la prescription décennale [2].

A Courtray, pour faire les aliénations ou le devest ou dessaisine, on était accoutumé de faire trois publications à l'église du lieu de la situation des biens, de quinze jours en quinze jours consécutivement [3]. Cette coutume tout exceptionnelle nous conduit aux bannies de la coutume de Bretagne, à ce *singulare juris Britannici institutum*, comme l'appelle d'Argentré [4]. La nouvelle coutume n'a fait que recueillir sur ce point les traditions que lui avaient transmises et le coutumier breton du XIIIe siècle et la rédaction du XVe [5].

C'est principalement sur le terrain de la doctrine que se trouvaient en lutte les deux systèmes issus du droit français, dont l'un considérait la tradition comme nécessaire à la translation du domaine de la chose vendue, tandis que l'autre attribuait cet effet au contrat lui-même. Les auteurs se partageaient en deux camps.

Dans le premier, on posait nettement le principe : la vente, disait-on, est un contrat par lequel une personne promet à une autre de lui délivrer quelque chose *et de l'en rendre propriétaire;* mais on n'allait pas plus loin, et rien dans les consé-

[1] Bourbourg, rub. 7, art. 3 et 4. — Bergh-Saint-Winox, rub. 8, art. 12. — Pitgam, rub. 5, art. 1. — Hondschoote, rub. 10, art. 1. — Ypres, ch. 79. — Bailleul, rub. 16, art. 2, 3. — Valenciennes, ch. 8, art. 1. — Chimay, ch. 8, art. 4. — Namur, art. 7. — Liége, ch. 6, art. 1. — Luxembourg, tit. 5, art. 1, 2.

[2] Laon, 126. — Châlons, 123. — Reims, 162, 166. — Valois, 13, 14. — Sedan, 258, 259. — Bouillon, ch. 14, art. 6. — Douay, ch. 3, art. 9. — Orchies, ch. 4, art. 1.

[3] Courtray, rub. 4.

[4] D'Argentré, *Des appropriances*, n° 1.

[5] Bretagne, tit. 14.

Digitized by Google

quences ne venait appuyer le principe en le reflétant [1]. D'autres, plus complets, étaient en retour moins explicites, et l'on est presque réduit aujourd'hui à les interpréter. Domat, par exemple, laissant sa pensée s'obscurcir par le rapprochement de la doctrine française et des contrats innomés du droit romain, définit la vente « une convention par laquelle l'un donne une » chose pour un prix d'argent en monnaie publique, et l'autre » donne le prix pour avoir la chose. » Cette définition est plus romaine que française; on dirait qu'il s'agit d'un contrat réel plutôt que d'un contrat consensuel. Si vous poussez plus loin, et que vous recherchiez les principes relatifs à la vente de la chose d'autrui, au conflit de deux acquéreurs successifs, les solutions sont encore ou romaines ou défigurées par le droit romain. Il faut arriver à la notion de la délivrance pour trouver sa pensée; il la définit *le transport de la chose vendue en la puissance et possession de l'acheteur.* La lumière commence à poindre; la loi romaine ne parlait que de possession. Cependant ce n'est encore là qu'une induction, et il faut aller chercher sa doctrine dans une phrase incidente des règles de la tradition des immeubles, où il est dit que *la vente transférant la propriété, elle renferme le consentement du vendeur que l'acheteur se mette en possession* [2]. Si la théorie de Domat est certaine, on ne peut nier qu'elle ne soit obscure. Ainsi des autres auteurs, de Denisart notamment [3].

L'hésitation est plus grande encore dans le second camp. On présente d'ordinaire Argou et Bourjon comme les promoteurs de cette seconde doctrine. Écoutez Bourjon : « Le principal effet » de la vente d'un immeuble est de faire passer la propriété et » la jouissance d'icelui dans la personne de l'acquéreur; » tant que le contrat n'est pas parfait, le vendeur prend les fruits et court les risques, car « jusqu'à ce temps la propriété réside » dans sa personne, » et c'est « la perfection qui fait la trans- » lation de la propriété; » quand il l'est devenu, les fruits et les risques passent à l'acheteur, parce qu'il est dès lors propriétaire, et cela a lieu « encore qu'il ne fût pas en possession, » parce qu'alors la chose vendue est sienne; la perte suit la

[1] Lange, *Pratique civile*, part. I, liv. III, ch. 16.
[2] Domat, *Lois civiles*, part. I, tit. 2, sect. 1, nos 5, 10 à 14.
[3] Denisart, vo *Vente*.

Digitized by Google

» propriété[1]. » Argou, bien que plus explicite dans les termes, ne l'est pas davantage dans les pensées. Après avoir défini, comme Domat, la vente « une convention de donner une cer- » taine chose pour un certain prix, » il écrit : « La vente, parmi » les Romains, obligeait le vendeur à la tradition; parmi nous » elle transfère la propriété, si le vendeur est propriétaire ; » et plus loin : « Dès le moment que le contrat est parfait et ac- » compli, tous les droits qui appartiennent au vendeur passent » en la personne de l'acquéreur, en sorte que si le vendeur était » propriétaire, l'acquéreur devient aussi propriétaire[2]. » Puis, à la page suivante, il revient au droit romain, qu'il entremêle au droit français : « Il suffit au vendeur, dit-il, pour se libérer » de l'obligation par lui contractée, de mettre l'acheteur en pai- » sible possession, et promettre de l'y maintenir; car tant que » l'acquéreur n'est pas troublé, il est censé le vrai propriété- » taire[3]. »

Quoi qu'il en soit, le système ressort incontestable de ces passages obscurs et contradictoires; seulement il est encore à l'état de formation. Comme au temps de Dumoulin, la clause de dessaisine lui sert de base, et même cette clause est tellement passée dans l'usage qu'on la sous-entend *ipso jure* dans les contrats de vente où elle n'est pas exprimée[4]. Mais, comme au temps de Dumoulin, on considère généralement qu'elle n'opère qu'une permission pour l'acheteur de se mettre de sa propre autorité en possession de la chose vendue, et qu'une appréhension de fait peut seule compléter utilement la déclaration que fait le vendeur dans le contrat de vente, qu'il se dessaisit de la chose vendue[5].

La pensée de Dumoulin se retrouve également vivante dans les principes généralement admis sur la nature du prix de vente. Après lui, comme à son époque, il faut distinguer le droit civil du droit féodal.

Pour le droit civil, il n'y a pas de vente sans prix monnayé, et cette condition est devenue tellement essentielle qu'elle entre comme condition constitutive dans les définitions de la vente

[1] Bourjon, *Droit commun*, chap. 4, sect. 1, nos 1 et 2.
[2] Argou, *Institut. au droit français*, t. II, p. 233, 238, 243, 244.
[3] Argou, *loc. cit.*, p. 244.
[4] Domat, *loc. cit.*, part. I, liv. I, tit. 2, sect. 2, n° 8.
[5] Ferrière, *Parfait notaire*, liv. V, chap. 6.

Digitized by Google

et de l'échange[1]. — Pour le droit féodal, il y a toujours vente, lors même que le prix consiste en effets mobiliers ou en immeubles estimés. Après Dumoulin, des difficultés s'étaient élevées sur ce point, et les coutumes les avaient résolues diversement, les unes admettant, les autres repoussant la doctrine des feudistes du XVIe siècle. Les édits et déclarations de mai 1645, mars 1673 et février 1674 firent prévaloir sa doctrine; depuis lors, les lods dans les censives, le quint dans les fiefs, furent dus de l'échange comme de la vente. Seulement ils ne se payèrent plus aux seigneurs, à moins de disposition ou de concession spéciale; la royauté avait tranché la controverse à son profit[2].

XII. *Doctrine de Pothier en matière de vente.* — Pothier se montre d'ordinaire l'annaliste aussi complet que fidèle de l'ancien droit français; il en comprend l'esprit comme il en reproduit la lettre avec une rigoureuse exactitude. Chose remarquable! des trois points qui ont fixé notre attention sur la route que nous venons de parcourir, un seul trouvera dans ses livres la place qui lui appartient.

Pothier étudie la vente en jurisconsulte romain; on croirait, à le lire, qu'il s'agit d'un commentaire approfondi du Digeste sur la matière. Sous sa plume, la vente est un contrat par lequel le vendeur s'oblige envers l'acheteur *de lui faire avoir librement, à titre de propriétaire,* la chose vendue; et de peur que ces mots ne rendent pas suffisamment sa pensée, il les présente comme la traduction de la formule romaine, *præstare emptori rem licere habere;* puis, afin de ne laisser aucun doute, il ajoute qu'ils ne renferment pas l'obligation précise de transférer le domaine à l'acheteur[3]. Ce principe posé, il en accepte toutes les conséquences[4]. Il va même plus loin; après avoir défendu sa thèse des attaques de Caillet, il essaye de prouver que le système romain est basé sur la nature même du contrat, et il allègue qu'il est suivi dans la pratique française. On a vu déjà ses raisons et l'on a pu les apprécier[5].

Si la doctrine de Pothier pèche comme trop exclusive sur ce

[1] Domat, *loc. cit.*, part. I, liv. I, tit. 2, sect. 5, n° 1; tit. 5, n° 1. — Argou, *loc. cit.*, p. 235. — Denisart, v^is *Vente* et *Échange*.

[2] Lange, *Traité des lods*, ch. 23. — Poquet de Livonière, *Traité des fiefs*, liv. III, ch. 2; liv. V, ch. 4.

[3] Pothier, *Vente*, art. prélim.

[4] Pothier, *Vente*, part. I, sect. 2, art. 1, n° 7.

[5] Pothier, *Vente*, part. II, chap. 1, sect. 1, art. 1, n° 48.

Digitized by Google

premier point, elle pèche comme incomplète sur celui des promesses de vente. En effet, des deux sortes de promesses que nous avons signalées dans les théories de la glose, une seule fixe son attention, la promesse unilatérale. On dirait que pour lui la promesse synallagmatique n'existe même pas. Voyez quelle définition il donne de la promesse de vente en général : c'est, dit-il, une convention par laquelle quelqu'un s'oblige envers un autre à lui vendre une chose[1]; et plus loin, lorsqu'il veut marquer la différence qui sépare la promesse de la vente, il qualifie celle-ci de contrat synallagmatique, celle-là de contrat unilatéral[2]. D'où vient cette lacune? On ne saurait le dire d'une manière assurée. Peut-être est-il permis de penser que Pothier, allant au fond des choses, voyait dans les promesses de vente synallagmatiques *de præsenti* des ventes ordinaires soumises aux principes qu'il avait exposés tout au long sur la vente en général, et, dans les promesses *de futuro*, des conventions sans nom retombant sous le coup des règles qu'il avait développées dans son *Traité des obligations*.

Quoi qu'il en soit, sur le terrain des promesses unilatérales, Pothier suit avec Dumoulin le parti de Philippe Dèce, et il enseigne que le promettant doit être condamné à réaliser sa promesse; mais il se rattache au schisme de ceux qui ne veulent pas que, dans le cas d'inexécution, le promettant soit directement condamné en des dommages-intérêts; le jugement, suivant lui comme suivant eux, doit fixer un délai pour passer contrat, et ce délai expiré, si la vente n'est pas réalisée, il doit tenir lieu de titre à l'acheteur. C'est là au surplus, Pothier l'atteste lui-même, la pratique suivie en France, et l'on juge ainsi au Palais depuis 1658 sans aucune distinction[3].

Enfin, Pothier reprend son rôle habituel lorsqu'il aborde la thèse du prix dans la vente; on retrouve à la fois en lui le feudiste et le jurisconsulte : le feudiste, qui se fait Sabinien pour obvier aux fraudes; le jurisconsulte, qui redevient Proculéien quand des nécessités particulières ne le forcent pas d'abandonner la droite voie[4].

AUBÉPIN.

[1] Pothier, *Vente*, part. VI, chap. 1, art. 1, § 1, n° 476.
[2] Pothier, *Vente*, ibid., § 2, n° 478.
[3] Pothier, *Vente*, ibid., n° 479.
[4] Pothier, *Retraits*, n°s 89, 90 et suiv. — *Fiefs*, part. I, chap. 5, art. 2, § 1. — Coutume d'Orléans, art, 13, 110, 384, 385.

Digitized by Google

ACTES NOTARIÉS. — FORMES. — DONATIONS.

Par M. F. Demoly, substitut du procureur impérial à Dijon.

La mention de *la lecture de l'acte par le notaire* est-elle exigée, à peine de nullité, dans les actes régis par l'article 2 de la loi du 21 juin 1843, et spécialement dans les actes de donation?

Jusqu'en 1841, la Cour de cassation, interprétant l'article 9 de la loi du 25 ventôse an XI conformément à l'usage constant du notariat, avait décidé qu'un acte notarié ne peut être attaqué par le motif que le notaire en second ou les témoins instrumentaires qui l'auraient signé n'auraient pas été présents au moment où il avait été reçu (Cassat. 14 juillet 1825, 6 août 1833, 9 août 1836, 7 mai 1839). Mais par un arrêt du 25 janvier 1841, elle abandonna tout à coup sa jurisprudence et déclara nuls les actes reçus hors la présence des témoins ou du notaire en second. Par un autre arrêt du 1er juin 1842, elle jugea même que les témoins devraient être présents non-seulement à la lecture et à la signature des actes, mais encore aux explications et discussions préliminaires, comme étant la vraie manifestation de la volonté des parties.

En présence de ces décisions qui menaçaient l'existence de la plupart des actes notariés reçus depuis l'an XI et qui, donnant aux plaideurs de mauvaise foi les moyens d'attaquer les contrats les plus sacrés, faisaient peser sur les notaires une responsabilité immense, le gouvernement s'émut. Une loi sur la forme des actes notariés fut proposée dans le but de tarir la source d'innombrables procès, de raffermir les transactions ébranlées et de garantir une classe tout entière d'officiers ministériels d'une ruine inévitable. Le projet, discuté et amendé par la chambre des députés (*Moniteur* des 14, 15 et 16 mars 1843), fut adopté, sans autres modifications, par la chambre des pairs (*Moniteur* des 8 et 9 juin 1843), et devint la loi du 21 juin 1843.

Dans son rapport à la Chambre des pairs (*Moniteur* du 7 juin), M. Franck-Carré nous donne la véritable physionomie de cette loi : « En résumé, dit-il, le projet se divise en deux parties » distinctes, l'une qui interprète l'article 9 de la loi du 25 ven- » tôse an XI, l'autre qui exige pour la réception de certains

Digitized by Google

» actes, à l'avenir, des formes plus solennelles, des garanties » plus étendues. C'est en ce dernier point seulement que le » projet de loi renferme une innovation. Les deux autres dis- » positions contenues dans les articles 1 et 3 se confondent en » réalité, puisqu'elles ne sont autre chose que l'article 9 de la » loi de ventôse considérée dans le passé et dans l'avenir. » Il faut ajouter pour compléter cette analyse que l'article 4 laisse les testaments sous l'empire du Code civil. Ainsi la loi de 1843 a consacré trois catégories bien distinctes d'actes notariés : 1° actes ordinaires qui continuent d'être régis par l'article 9 de la loi du 25 ventôse an XI interprété conformément à la pratique constante du notariat ; 2° testaments, qui restent soumis aux dispositions du Code civil ; 3° enfin actes de donation et autres, énumérés dans l'article 2, qui doivent être revêtus de formalités spécialement déterminées. C'est seulement dans cet article que le législateur a innové. C'est aussi sur l'application de cet article que s'élève la question que nous nous proposons d'examiner.

Un acte de donation se termine par la formule suivante : « Dont acte, fait et lu en l'étude.... le.... et ont les comparants » signé avec les témoins et le notaire. Les témoins ont été réel- » lement présents *à la lecture de l'acte* et à la signature des » parties. » Cet acte peut-il être déclaré nul ?

Voici le texte de l'article 2 de la loi du 21 juin 1843 : « A » l'avenir, les actes notariés contenant donation entre-vifs, » donation entre époux pendant le mariage, révocation de do- » nation ou de testament, reconnaissance d'enfants naturels, et » les procurations pour consentir ces divers actes, seront, à » peine de nullité, reçus conjointement par deux notaires, ou » par un notaire en présence de deux témoins. — La présence » du notaire en second ou des deux témoins n'est requise qu'au » moment *de la lecture des actes par le notaire* et de la signa- » ture par les parties ; elle sera mentionnée à peine de nullité. »

Comme on le voit, la question est de savoir s'il y a nullité dans le cas où l'acte ne mentionne pas expressément la lecture faite *par le notaire*. C'est une question de la plus haute gravité, puisque sa solution affirmative peut motiver l'annulation d'actes extrêmement importants, et entraîner, comme conséquence, la responsabilité du notaire rédacteur. Et cependant, bien qu'elle ait été posée dans le rapide commentaire qui accompagne,

Digitized by Google

dans le recueil de MM. Devilleneuve et Carette, le texte des lois annuellement rapportées (J. Devill., 43, 2, 441), cette difficulté ne semble avoir été résolue ni par les auteurs ni par les arrêts. Toutefois, un jugement du tribunal de Dijon, en date du 30 juin 1857, a décidé qu'il n'y avait pas nullité par les motifs suivants :

« Considérant que les nullités sont de droit étroit et ne se » présument pas;

« Considérant que l'article 13 de la loi du 25 ventôse an XI, » applicable aux actes notariés en général, et l'article 972 du » Code Napoléon, relatif aux testaments, non-seulement ne » frappent point d'amende ou de nullité l'omission de la lec- » ture par le notaire lui-même, mais n'exigent pas, contraire- » ment à ce que prescrivait l'article 23 de l'ordonnance de 1735, » que cette formalité soit remplie par le notaire;

» Considérant que l'article 2 de la loi du 21 juin 1843 n'a » pas eu pour but de modifier sur ce point la législation anté- » rieure; — que la discussion de cette loi établit qu'elle n'a eu » d'autre objet que d'exiger désormais, pour certains actes » spéciaux, la présence effective du second notaire ou des té- » moins au moment de la lecture de l'acte et de la signature » des parties; — que rien dans les abus qui ont provoqué cette » loi, ni dans les travaux législatifs qui l'ont préparée, n'indi- » que que l'attention du législateur ait été appelée ou se soit » portée sur la formalité de la lecture *par le notaire*, énoncia- » tion qu'on cherche même vainement ailleurs que dans le texte » de l'article 2; — qu'il est donc certain que l'esprit de la loi » résiste à la nullité proposée;

» Considérant que son texte ne s'y plie pas davantage; — » que ce qu'il exige à peine de nullité c'est, d'une part, la pré- » sence effective du second notaire ou des témoins au moment » de la lecture de l'acte et de la signature des parties; c'est, » d'autre part, la mention de cette présence au moment où » s'accomplissent ces formalités essentielles; — qu'à la vérité » l'article 2 parle de la lecture *par le notaire*, mais que cette » énonciation qui se réfère à la pratique ordinaire, qui rappelle » au notaire un devoir qu'il doit remplir à moins de circon- » stances exceptionnelles admises par la jurisprudence, et dont » il serait sage, sans doute, de mentionner l'accomplissement » dans les actes, n'est point exigée à peine de nullité; — que

Digitized by Google

» le sens grammatical ne permet pas d'appliquer à ces mots la » nullité prononcée, puisque ce qui doit être mentionné à peine » de nullité, c'est la *présence* seule du notaire en second ou des » témoins; — que si la loi eût voulu porter plus loin les exi- » gences et la pénalité, elle aurait dit, comme dans l'article 972 » du Code Napoléon, que *mention du tout sera faite à peine de* » *nullité;* — que vainement on soutient que la lecture *par le* » *notaire* précise le moment où la présence des témoins est » requise, car ce moment ne peut être équivoque, puisque la » loi ne suppose pas qu'il y ait plusieurs lectures;

» Considérant que dans l'espèce rien n'indique que la lecture » n'ait pas été faite par le notaire; que ce fait n'est pas contesté » et que l'ensemble des termes de la donation annonce que le » notaire devant qui comparaissent les parties, qui reçoit leurs » volontés, qui leur en donne acte et en fait la rédaction, leur » en a fait également la lecture. »

Sans nous dissimuler la gravité des motifs invoqués par le tribunal pour justifier son opinion, nous n'hésitons pas à penser qu'il s'est trompé dans l'interprétation qu'il a donnée du texte et de l'esprit de l'article 2 de la loi du 21 juin 1843. Nous allons démontrer que, dans les actes énumérés dans cet article, la lecture de l'acte par le notaire est une formalité essentielle, et que la mention de cette lecture étant prescrite à peine de nullité, ne peut être remplacée par les mots : Dont acte, fait et lu, en l'étude.

I. La loi du 21 juin 1843, nous l'avons déjà fait observer, ne s'est pas bornée à fournir une interprétation législative de celle du 25 ventôse an XI; elle a réglé *à nouveau*, *pour l'avenir*, les formes d'un certain nombre d'actes indiqués dans l'article 2, et dont l'importance tout exceptionnelle avait paru exiger un surcroît de précautions. La lecture de l'acte par le notaire est-elle une de ces précautions exigées spécialement à peine de nullité?

Pour interpréter une disposition *toute nouvelle*, les textes anciens ne peuvent être d'aucune utilité. Il importe donc peu que la loi du 25 ventôse an XI, dans son article 13, en parlant des actes notariés ordinaires, et le Code Napoléon, dans l'article 972, en traitant de la forme des testaments, n'aient pas exigé, à peine de nullité, que le notaire donne *lui-même* lecture de l'acte. On ne saurait en induire que cette exigence n'existe

Digitized by Google

pas dans l'article 2 de la loi du 21 juin 1843. Le législateur, qui réglait *à nouveau* les formes de certains actes, a pu imposer toutes celles qui lui ont paru utiles, et s'il l'a fait par une disposition claire et précise, il faut s'y soumettre, quelle que soit, d'ailleurs, la législation qui a précédé et qui se rapporte à des actes d'une autre nature. Or, l'article qui nous occupe est formel : « La présence du notaire en second ou des deux témoins » n'est requise qu'au moment de *la lecture des actes par le* » *notaire*, etc. »

La différence des textes cités de la loi de l'an XI et du Code Napoléon avec celui de la loi de 1843, bien loin d'établir qu'une même règle s'applique à tous les actes notariés, prouve, au contraire, qu'une règle spéciale doit être suivie pour les actes de donation. Des textes dissemblables conduisent à des solutions différentes; et cela est si vrai qu'un arrêt de la Cour de Bordeaux, en date du 5 juillet 1855 (D. P., 56, 2, 9), qui juge que la lecture du testament par le notaire n'est pas prescrite à peine de nullité, se fonde principalement pour le décider ainsi sur le silence de l'article 972, comparé au texte positif de l'ordonnance de 1735. « Attendu, dit cet arrêt, que le silence du » législateur est d'autant plus significatif, qu'en rédigeant l'ar- » ticle 972 il avait sous les yeux l'article 23 de l'ordonnance » de 1735, qui, après avoir dit que les notaires ou l'un d'eux » écriront les dernières volontés du testateur, ajoute qu'ils lui » en feront ensuite la lecture, de laquelle il sera fait mention » expresse; — qu'il semble donc que les rédacteurs du Code » se soient écartés à dessein du texte de l'ordonnance, et qu'en » même temps qu'ils prennent une précaution de plus en exi- » geant, ce qu'elle ne fait pas, que la lecture soit donnée en » présence de témoins, et que l'acte en porte la preuve, ils » n'aient pas attaché la même importance à ce qu'elle fût don- » née par le notaire lui-même. » Il est évident que si le texte de l'ordonnance avait été reproduit par le Code Napoléon, la solution de l'arrêt aurait été différente.

On a voulu cependant argumenter *à fortiori* de l'article 972, en disant que si la loi n'a pas exigé à peine de nullité la *lecture par le notaire*, dans les testaments qui sont les actes soumis aux formalités les plus rigoureuses, elle n'a pu prescrire cette lecture pour les donations qui sont traitées plus favorablement. Mais ne voit-on pas que cette objection se brise contre le texte

Digitized by Google

même de notre article? On ne discute pas contre un texte clair et précis : telle est la première et la meilleure réponse à faire, mais ce n'est pas la seule. Nous reconnaissons que la loi de 1843 s'est montrée moins sévère pour les donations que pour les testaments; les formalités qu'elle prescrit sont moins nombreuses et d'un accomplissement moins difficile que celles prévues par le Code Napoléon. Mais comment en conclure qu'on peut se dispenser de les observer? D'un autre côté, il est certain que le législateur de 1843 a voulu être plus sévère pour les donations que pour les actes ordinaires, qu'il a laissés sous l'empire de la loi de l'an XI. Or, son exigence plus grande porte précisément sur la lecture par le notaire. Dans les actes ordinaires, la lecture peut être faite soit par le notaire lui-même, soit par son clerc, soit par toute autre personne; la loi n'a pas dit par qui la lecture serait faite. Il en est autrement en ce qui concerne les donations; la loi a dit positivement que la lecture de l'acte serait faite par le notaire. Et en cela elle a été sage, car si elle n'exige pas, comme pour les testaments, que l'acte soit écrit par le notaire, si elle permet, dès lors, à cet officier public de dicter l'acte à son clerc, elle remplace cette garantie précieuse de sincérité par une autre garantie qui remplit le même but : elle exige que le notaire lise lui-même. Cette lecture *authentique* atteste aux parties que leurs intentions ont été fidèlement reproduites, et permet au notaire de s'assurer par lui-même que son clerc a bien exactement écrit ce qui lui a été dicté.

Les termes de la loi de 1843, en exigeant la lecture par le notaire, ne sont donc pas purement énonciatifs; ils ne se bornent pas à constater ce qui a lieu d'ordinaire et à parler *de eo quod plerumque fit*. Il s'agit ici de termes qui règlent des formes solennelles, qui en donnent la définition exacte : il s'agit d'une loi qui impose des formalités, et non d'un simple conseil que les notaires pourraient observer ou négliger à leur volonté.

La lecture de l'acte par le notaire est le seul moyen de déterminer d'une manière certaine le moment précis où l'acte reçoit son entière perfection, le moment où toutes les personnes qui prennent part à l'acte (parties, officier public, témoins) doivent être réellement présentes. A ce moment les pourparlers sont finis, les conventions sont arrêtées, l'acte est rédigé, le notaire lit, les témoins et les parties assistent à la lecture, et tout le

Digitized by Google

monde signe. Si le notaire ne lisait pas lui-même, comment sa présence serait-elle constatée à cet instant solennel? Si la loi avait entendu parler d'une lecture quelconque, et non de la lecture par le notaire, cette lecture ne pourrait-elle pas avoir lieu alors que l'acte ne serait pas parfait? cette lecture ne pourrait-elle pas même être inexacte et incomplète?

Lorsqu'il s'agit de déterminer les formalités essentielles à la validité d'un acte, le texte de la loi est le guide le plus sûr. Nous venons d'en faire l'examen en y ajoutant les observations propres à éclairer ce texte qui, à nos yeux, établit incontestablement que la lecture de l'acte par le notaire est une formalité essentielle. Voyons maintenant si notre interprétation ne sera pas confirmée, soit par la discussion qui a précédé l'adoption de la loi, soit par la pratique qui l'a suivie.

En présentant le rapport de la loi de 1843 à la Chambre des députés, Philippe Dupin disait au sujet de l'article 2 qui ne comprenait encore que le premier alinéa : « On a pensé que la » liberté des donateurs devait être plus spécialement protégée » par la présence de deux notaires ou d'un notaire et de deux » témoins. Cette précaution est prise bien moins contre le no- » taire que contre l'entourage du donateur. — Mais la commis- » sion a donné mission expresse à son rapporteur d'expliquer » que par ces mots : les actes seront reçus conjointement par » deux notaires ou par un notaire en présence de deux témoins, » on ne doit pas entendre que le second notaire ou les témoins » seront présents à toutes les discussions des parties, ni aux » conférences préliminaires des actes de donation. Il suffit » qu'ils soient présents au moment de la formation définitive » du contrat, c'est-à-dire au moment où les consentements » sont échangés et fixés irrévocablement ; en d'autres termes, » au moment où les conventions sont lues, vérifiées, acceptées » et certifiées par les signatures de tous ceux qui doivent con- » courir à l'acte (*Moniteur* du 9 mars 1843).

La pensée du rapporteur se précise encore dans le cours de la discussion. L'article 1er du projet du gouvernement portait : Les actes..... ne pourront être annulés par le motif que le notaire en second ou les deux témoins instrumentaires n'auraient pas été présents au moment de la *réception* desdits actes « Il y » avait là, a dit Philippe Dupin, une difficulté possible, une » place à des procès, à des contestations ; on pouvait se de-

Digitized by Google

» mander ce qu'était la réception des actes..... La réception des » actes, c'est l'instant où le contrat se forme et où le notaire » donnant lecture aux parties de ce contrat, leur dit : Est-ce là » votre volonté ? c'est l'instant où les parties signent..... Nous » avons vu que puisqu'on faisait une loi interprétative, nous » devions fixer le sens du mot pour empêcher des débats ultérieurs et nous avons substitué à ces mots : *au moment de la » réception des actes*, ces mots, *au moment de la lecture desdits » actes, par le notaire, et de la signature des parties.* Dès lors » tout était clair. » (*Moniteur* du 15 mars).

Il est vrai que cet amendement de la commission sur l'article 1er, n'a pas été adopté parce que sur les observations, fort justes, du reste, de MM. Dufaure et Hébert, on a pensé qu'il valait mieux laisser au mot *réception*, dans cet article, son acception vague et générale. Ce mot étant susceptible de plusieurs interprétations, on a voulu que les actes qui restaient soumis à la loi de ventôse ne pussent jamais être annulés à raison de l'absence des témoins instrumentaires ou du notaire en second à un moment quelconque de la réception. « Ainsi, disait M. Hébert, qu'ils n'aient pas été présents à la rédaction, à la lecture ni à la signature, il n'en pourra résulter aucune cause » de nullité. »

Mais ce qui avait été rejeté pour les actes ordinaires régis par la loi de l'an XI, a au contraire été admis pour les actes spéciaux soumis à l'innovation de l'article 2 de la loi du 21 juin 1843. En effet, la définition de la réception des actes donnée par le rapporteur, a été ajoutée à cet article par un amendement formulé par MM. Abraham Dubois et Ressigeac. Cet amendement forme le second alinéa de l'article 2 et reproduit presque mot pour mot, comme on peut s'en convaincre, la définition de Philippe Dupin : « La présence du notaire en second ou des deux témoins n'est requise qu'*au moment de la lecture des actes par le notaire et de la signature par les parties.* »

Ainsi il est évident que le législateur a voulu donner une définition précise de ce que l'on devait entendre par ces mots qui terminent le premier paragraphe de notre article (les actes de donation et autres) *seront, à peine de nullité, reçus conjointement par deux notaires ou par un notaire en présence de deux témoins.* Dans une définition donnée par la loi, et surtout quand

Digitized by Google

cette définition se rapporte à des formalités, tous les termes sont pesés mûrement, écrits avec réflexion; tous sont obligatoires au même degré. La lecture de l'acte par le notaire est donc aussi essentielle que la signature par les parties, aussi indispensable que la présence effective du notaire en second ou des témoins instrumentaires.

La pratique du notariat ne s'est pas trompée sur cette conséquence rigoureusement déduite des termes et de l'esprit de la loi de 1843. Il ne pouvait en être autrement. Pendant que cette loi s'élaborait dans les chambres législatives, les notaires qui l'avaient provoquée en suivaient toutes les phases avec la plus scrupuleuse attention. « La présence effective du second notaire » ou des deux témoins instrumentaires, avait dit M. Vivien » dans la discussion à la Chambre des députés, devant être, » d'après la loi nouvelle, la condition de validité de certains » actes, il faudra qu'elle soit expressément mentionnée quand » elle aura lieu. En principe général, les actes doivent porter en » eux-mêmes la preuve de l'accomplissement des formalités » dont l'oubli entraîne leur nullité. On ne pourra plus se con- » tenter du protocole unique qui servait antérieurement à tous » les actes notariés; car, pour certains, le second notaire ou les » témoins instrumentaires auront pu être absents lors de leur » passation; pour d'autres, la présence réelle sera indispensable. » Une formule spéciale à chacune de ces catégories devient né- » cessaire. » (*Moniteur* du 15 mars.) Ces observations si justes avaient été comprises par les notaires, et il appartenait à la chambre de discipline des notaires de Paris de déterminer la formule nouvelle dont les actes de donation devaient désormais être revêtus.

Il n'est pas inutile de rapporter les termes mêmes de la circulaire adressée le 24 juin 1843, par cette chambre, à tous les notaires de sa circonscription : « La loi sur la forme des actes » notariés vient d'être promulguée le 21 de ce mois. Cette loi » est un bienfait immense pour la société, dont elle rassure les » intérêts; elle est aussi d'une haute importance pour le nota- » riat, dont elle augmente, il est vrai, mais dont elle *précise* » les obligations. — Ces obligations résultent des dispositions » de l'article 2. — Hors ces cas où elle innove, la loi est pure- » ment interprétative dans le sens d'un usage universel, constant, » immémorial. — Cet usage, alors qu'il reçoit une sanction

Digitized by Google

» solennelle, devient pour nous, s'il est possible, plus précieux » encore; les formes anciennes sous lesquelles il s'est produit » deviennent également plus respectables et plus sûres. Ces » formes ne doivent donc subir de modifications que dans les » actes que l'exception atteint; *les changements doivent être » restreints à ce qui est nécessaire pour l'exécution littérale de la » loi*; et pour ne pas altérer nos formes désormais consacrées, » ces changements doivent, comme une exception, être placés » en dehors et à la suite des actes que désigne le § 1er de l'ar- » ticle 2. — Telle est l'opinion de la chambre, etc. » — A la suite de cette circulaire venaient les formules arrêtées par la chambre. Nous ne rapporterons que celle qui est spéciale à l'espèce que nous avons indiquée, c'est-à-dire à l'acte de donation fait en présence de témoins : « Après ces mots : Et ont les » parties signé avec le notaire et les témoins après lecture » faite, on ajoutera : *La lecture du présent acte par Me....., » notaire, et la signature par les parties ont eu lieu en présence » des deux témoins instrumentaires.* » (Voy. Duvergier, *Collection des lois*, année 1843, p. 271.)

Ainsi, pour la chambre des notaires de Paris, qui, au lendemain de la promulgation de la loi, rédigeait les formules nécessaires à sa mise en pratique, la question qui nous occupe n'était pas douteuse. La formalité de la lecture par le notaire était tenue pour essentielle. L'usage constant du notariat, dans les provinces comme à Paris, a confirmé cette opinion, et l'observation de ces formules a été tellement scrupuleuse qu'on n'avait pas eu jusqu'ici d'exemple d'un acte attaqué pour omission de la lecture par le notaire.

II. Le texte, l'esprit et la pratique de la loi se réunissent pour démontrer que la lecture de l'acte par le notaire est une formalité essentielle. Mais la mention de cette formalité doit-elle avoir lieu à peine de nullité?

Posée dans ces termes, la question ne saurait faire difficulté. En effet, il est de principe que tous les actes doivent renfermer en eux-mêmes la preuve de l'accomplissement des formalités qui sont prescrites pour leur validité. Si donc il est essentiel que la lecture de l'acte soit donnée par le notaire lui-même, l'acte doit en faire mention à peine de nullité. Le texte de la loi vient à l'appui de cette solution : « La présence du notaire en » second ou des deux témoins n'est requise qu'au moment de

Digitized by Google

» la lecture des actes par le notaire et de la signature par les » parties; *elle sera mentionnée à peine de nullité.* » La phrase incidente qui exige la mention à peine de nullité se rapporte bien évidemment, non pas seulement au premier mot de la phrase principale, mais à cette phrase tout entière qui définit et qui précise le genre de présence qui est exigé. La présence qui doit être mentionnée à peine de nullité, c'est *la présence au moment de la lecture de l'acte par le notaire et de la signature par les parties.* Ainsi nous devons rejeter l'équivoque qu'on a cherché à établir en disant « que le sens grammatical ne per- » met pas d'appliquer à ces mots (la lecture par le notaire) la » nullité prononcée, puisque ce qui doit être mentionné à peine » nullité, c'est la présence seule du notaire en second ou des » témoins. » (V. jugement de Dijon, rapporté plus haut.) Nous ajouterons que de même qu'il serait insuffisant de constater la présence du notaire en second ou des témoins, *à la signature, sans ajouter : par les parties,* de même il ne suffirait pas de mentionner leur présence *à la lecture, sans ajouter : par le notaire.* En effet, dans le premier cas, la mention pourrait ne se rapporter qu'à la signature du notaire, et les parties pourraient avoir signé hors la présence du notaire en second ou des témoins; et dans le second, la lecture pourrait avoir été faite par un autre que par le notaire. Dans l'un et l'autre cas il y aurait violation flagrante du texte et de l'esprit de la loi.

En matière de formalités solennelles, il est de principe que tout est de rigueur. Si nos lois modernes ont rejeté les formules sacramentelles dont l'observation scrupuleuse et littérale était exigée par la législation romaine pour la validité de certains actes; s'il est permis de se servir de termes quelconques pour exprimer que la formalité prescrite par la loi a été accomplie, il ne faut pas en conclure qu'on puisse se dispenser d'énoncer l'accomplissement d'une formalité essentielle. Le notaire est libre de se servir des mots qui lui conviennent, mais il ne peut passer sous silence la mention d'une solennité. Or ce qui est solennel, c'est *la lecture de l'acte par le notaire;* le texte de la loi le dit expressément. La loi a parlé clairement; il ne reste plus à l'officier ministériel que la nécessité d'obéir, et au juge que le devoir strict d'exiger la conformité de l'acte au texte de la loi.

La mention de la présence du notaire en second ou des témoins à la lecture par le notaire, peut-elle résulter de ces termes

Digitized by Google

de l'acte : *Dont acte, fait et lu, en l'étude,* etc.? L'affirmative a été soutenue à la Chambre des députés par M. Abraham Dubois, qui prétendait que la formule usitée pour les actes ordinaires pouvait continuer d'être employée même pour les actes réglementés à nouveau par l'article 2 de la loi du 21 juin 1843. Mais cette opinion isolée a été repoussée expressément par M. Vivien, dont nous avons rapporté les paroles, par d'autres orateurs (M. Mermillod et M. Teste, ministre des travaux publics; V. *Moniteur* du 16 mars) et par le président de la Chambre qui, résumant la discussion, constata qu'il n'y avait rien de sacramentel dans la formule à employer, mais que la peine de nullité s'appliquait au défaut de mention. Une mention *spéciale* est donc nécessaire pour prouver que la lecture de l'acte a été faite par le notaire lui-même, et que le notaire en second ou les deux témoins ont assisté à cette lecture. M. Duvergier, dans ses notes sur la loi du 21 juin 1843 (*Collect. des lois*, année 1843, p. 271), fait remarquer que si l'opinion de M. Abraham Dubois avait été exacte, la disposition finale de notre article aurait été inutile et inexplicable. Il en conclut que la formule ancienne est insuffisante, et qu'elle doit recevoir une addition consistant dans la mention expresse que le notaire en second ou les témoins ont assisté réellement à la lecture de l'acte par le notaire et à la signature par les parties. Telle aussi a été l'opinion de la chambre des notaires de Paris, manifestée bien clairement par la formule ci-dessus transcrite.

Sous un autre point de vue, on a soutenu que la mention : *Dont acte, fait et lu, en l'étude*, satisfait au vœu de la loi. On a dit : C'est le notaire qui rédige les conventions des parties, c'est lui qui en donne acte; par conséquent, lorsque l'acte porte : *fait et lu*, il prouve complétement, par une mention expresse et spéciale, que l'acte a été *fait et lu par le notaire*. Cette argumentation ne saurait prévaloir. D'abord, il est certain que cette formule ancienne, et qui s'applique aux actes ordinaires, ne prouve pas, pour ces actes, que le notaire lui-même a réellement donné lecture de l'acte, puisque cette formalité n'est pas indispensable dans ce cas. Comment cette même formule ferait-elle pour les actes de donation une preuve qu'elle ne produit pas pour les actes ordinaires? D'un autre côté, pour satisfaire au vœu de la loi, il ne suffit pas que la mention rende plus ou moins probable le fait de la lecture par le notaire; il

Digitized by Google

faut que l'acte fasse par lui-même, et jusqu'à inscription de faux, la preuve irréfragable de l'accomplissement de cette formalité essentielle. Or les mots *lu en l'étude* sont trop vagues pour remplir le but de la loi ; ils ne font pas connaître d'une manière expresse la personne qui a lu, et ne permettent pas de s'inscrire en faux, puisqu'ils autorisent à prétendre que la lecture a été faite par un autre que par le notaire, par son clerc ou par toute autre personne.

La doctrine que nous venons de développer est sévère, nous le reconnaissons. Mais quand le texte d'une loi proclame une nullité, on ne peut s'y soustraire. On prétendrait à tort que notre opinion est contraire à ce brocard invoqué par le jugement ci-dessus transcrit, à savoir que les nullités sont de droit étroit et ne se présument pas ; car pour décider la nullité de l'acte de donation qui ne porte pas la mention expresse et spéciale de la lecture par le notaire, nous nous sommes continuellement appuyé sur le texte même de la loi, et non sur de vaines présomptions. Nous avons négligé les considérations puissantes qui militent en faveur de la nullité, considérations qui ne sont autres que les motifs mêmes qui ont déterminé le législateur à entourer certains actes de formalités solennelles. Nous nous sommes borné à montrer que la lecture par le notaire est la garantie la plus précieuse peut-être de la sincérité de l'acte, puisque l'accomplissement de cette formalité est le seul moyen d'attester aux parties, aux témoins, au notaire lui-même, que l'acte renferme bien exactement les conventions arrêtées définitivement. Il nous reste à ajouter que les parties n'auront d'ailleurs pas à souffrir de cette nullité. La responsabilité du notaire rédacteur de l'acte est incontestablement engagée. En effet, c'est toujours de la part d'un notaire une faute, et une *faute grave*, que de ne pas suivre avec la plus scrupuleuse exactitude les prescriptions de la loi ; s'il s'en écarte, il doit en subir les conséquences. Les parties qui, pour les actes spécifiés dans l'article 2 de la loi de 1843, sont obligées d'avoir recours au ministère du notaire, ont dû compter sur son expérience, sa connaissance de la loi et de ses devoirs, pour la régularité et la validité de l'acte par lui reçu. Si cette juste espérance est trompée, si l'acte est nul par défaut de forme, le notaire doit indemniser les parties du préjudice qu'elles éprouvent et qu'elles n'ont aucun moyen d'éviter.

F. DEMOLY.

Digitized by Google

NOTICE SUR LES ŒUVRES JURIDIQUES DE LEIBNITZ [1].

Par M. Victor MOLINIER, professeur à la Faculté de droit, membre de l'Académie impériale des sciences, inscriptions et belles-lettres, et de l'Académie de législation de Toulouse [2].

Il est un petit nombre d'hommes qui dominent au sein de l'humanité par l'éclat de leur génie, et au nom desquels s'attache une gloire inaltérable comme les vérités qu'ils ont acquises à la science. Parmi ces fortes individualités intellectuelles, dont la renommée est en dehors de l'action de l'espace et du temps, apparaissent, au XVIIe siècle, les grandes figures de Descartes [3], de Fermat [4], de Pascal [5], de Newton [6], de Leibnitz [7]. Tout ce que nous ont légué ces profonds penseurs, même ce qui n'a fait que l'objet secondaire et accessoire de leurs travaux, a du prix et doit être examiné avec ce respect que commandent des réputations qui sont l'expression d'un jugement impartial, émanant de l'opinion commune et sanctionné par le temps.

Leibnitz s'est beaucoup occupé du Droit qui résume la vie et la civilisation des peuples. Il a laissé, sur cette partie du vaste

[1] Les œuvres juridiques de Leibnitz n'ont pas été, à notre connaissance, éditées à part. Nous les prenons dans la collection de ses travaux publiée par Dutens à Genève, en 1768, en six volumes in-4°. Les œuvres juridiques y sont l'objet de la 3e partie du IVe volume, sous ce titre : *Opuscula ad jurisprudentiam pertinentia.* Elles y sont précédées d'une préface remarquable du professeur J.-B. BON, de Turin.

[2] Cette notice a été lue à l'Académie impériale des sciences, inscriptions et belles-lettres de Toulouse, dans les séances des 24 mars et 5 mai 1859.

[3] Né à Lahaye, en Touraine, l'an 1596; mort en Suède, où l'avait appelé la reine Christine, l'an 1650.

[4] Né à Beaumont-de-Lomagne en 1608; mort à Toulouse en 1665, où il occupait une charge de conseiller au parlement.

[5] Né à Clermont-Ferrand en 1623, mort en 1662.

[6] Né en 1642, mort en 1727.

[7] Né à Leipsick en 1646, mort à Hanovre en 1716. Il était fils de Frédéric Leibnitz, professeur de morale à l'Université de Leipsick, et de Catherine Schmuck, fille d'un docteur et professeur en droit. Il perdit son père à l'âge de six ans, et il fut élevé par sa mère. Dès son enfance il montra un grand amour pour la lecture, et il parcourut avec ardeur les livres qui composaient la bibliothèque de son père. (*Vita Leibnitii a se ipso breviter delineata*, publiée par M. FOUCHER DE CAREIL, *Nouvelles lettres et opuscules inédits de Leibnitz* (1857), p. 379.)

Digitized by Google

champ des connaissances humaines, des travaux peut-être trop négligés, qui ne sont pas au-dessous de la hauteur de son génie, et qui vont faire spécialement l'objet de cette notice.

Né au sein d'une époque où l'esprit scientifique moderne était dans la force de la jeunesse, doué d'un génie qui s'élevait dans de hautes sphères, d'un regard qui lui permettait d'embrasser un vaste horizon, d'une pénétration profonde, à l'aide de laquelle aucun détail n'échappait à son examen, Leibnitz se voua, dès son jeune âge, au culte des sciences avec un amour, une ardeur et une persévérance qui n'eurent aucune interruption et qui purent produire des fruits abondants dans le cours d'une existence assez longue. Nulle branche des connaissances humaines ne lui était étrangère; il les cultivait toutes avec zèle; il les fécondait en leur donnant une impulsion active à l'aide de ses écrits, d'une vaste correspondance et en organisant des corps scientifiques. Plein de dévouement pour tout ce qui touchait aux intérêts moraux de son époque, il répondait avec abandon à tous ceux qui lui écrivaient, et sa correspondance, toujours savante et pleine d'aperçus lumineux sur des sujets très-divers, exprime l'abondance jointe à la libéralité de sa belle nature. Le moi n'y apparaît jamais; le désir de propager la science s'y montre partout; le lecteur y trouve, sous un style simple, des aperçus critiques judicieux et des principes formulés avec une remarquable concision.

On aime, en parcourant ce vaste recueil de lettres successivement publiées, et qu'il serait heureux de trouver réunies, à contempler Leibnitz dans son jeune âge, lorsqu'il unit à une virilité précoce, une ardeur qui n'admet aucune limite dans ses investigations. Plus tard, dans la maturité de son génie, apparaît la sagacité et la profondeur de ses méditations sur les grands problèmes qui s'agitent dans le champ universel de la science. Son activité est sans cesse en rapport avec l'étendue encyclopédique de ses connaissances : la philosophie, la théologie, le droit, les mathématiques, les sciences physiques et naturelles, la cosmographie, semblent n'avoir pour lui ni obscurité ni mystères. Il disserte avec la même supériorité sur tous les sujets qu'il aborde. Initié à tout ce qui s'est fait avant lui, il s'assimile les idées de son époque et il s'élance dans le champ des découvertes nouvelles pour s'élever jusqu'à une sorte d'extase, par l'intuition des vérités premières.

Digitized by Google

Avant d'aborder directement le sujet spécial qui fait l'objet de cette notice, qu'il me soit encore permis d'achever de peindre Leibnitz, en rapportant une lettre curieuse, publiée de nos jours par M. Guhrauer[1]. Elle est à l'adresse du duc de Brunswick; elle porte la date du 26 mars 1673, et elle a été écrite à Paris, où Leibnitz, alors âgé de vingt-sept ans, avait accompagné le fils du baron de Boinebourg, chancelier de l'électeur de Mayence, et où il était en rapport avec les savants de cette époque. Dans cette lettre pleine de cet abandon qui caractérise sa correspondance, et dont nous avons parlé, Leibnitz confie à son protecteur les idées et les espérances de cette époque de sa vie. Il croit avoir exposé dans son *ars combinatoria* une méthode qu'avaient vainement cherché Raymond Lulle et le Père Athanase Kircher, à l'aide de laquelle on résoudrait infailliblement les problèmes les plus difficiles. Sa théorie du mouvement doit fournir la clef de tout mécanisme naturel et artificiel, qu'il rattache à une cause unique, la circulation de l'éther et de la lumière autour du globe. A l'aide de sa nouvelle méthode, il a inventé une machine à calculer ainsi qu'une géométrie mécanique. Il annonce avoir retrouvé le bateau sous-marin de Drébélius. Il va exposer le droit naturel avec une clarté telle que tout homme de sens pourra facilement résoudre toutes les questions du droit des gens et du droit public. Il s'occupe aussi de la procédure qu'il veut réformer pour la rendre plus simple et plus rationnelle. En théologie naturelle il est en mesure de démontrer que tout mouvement suppose un principe intelligent, qu'il y a une harmonie universelle ayant sa cause en Dieu, que l'âme est immatérielle, incorruptible, immortelle. En théologie révélée il prouvera la possibilité de tous les mystères, même de la présence réelle dans l'eucharistie. Déjà il a conçu son système des monades, car il démontrera que dans tout corps il y a un principe incorporel. Il parle, enfin, d'un grand projet politique qui l'occupe, et qui aurait pour objet de garantir la paix et l'indépendance de l'Europe, en portant à une grande hauteur la France pour laquelle il a toujours manifesté de vives sympathies.

Il y a sans doute de l'exagération et des illusions dans ces

[1] Œuvres allemandes de Leibnitz, t. I, p. 277 et suiv. — *Dictionnaire des sciences philosophiques*, article *Leibnitz*.

Digitized by Google

naïves communications d'un génie encore jeune, mais on y voit une pénétration profonde et un esprit vigoureux, qui ne recule devant aucun des problèmes les plus ardus du monde physique et du monde moral, qui en recherche hardiment les lois et qui ose beaucoup pour atteindre loin.

Il n'entre pas dans mon sujet de parler des travaux mathématiques qui forment les plus beaux fleurons de la couronne scientifique de Leibnitz. On sait que les Anglais ont tenté de lui contester la gloire de l'invention du *calcul différentiel* pour l'attribuer tout entière à Newton; mais on a reconnu depuis que le principe en avait été antérieurement posé par Fermat, et on pense qu'ils n'ont fait, l'un et l'autre, qu'en développer séparément les conséquences : on a, du reste, toujours été d'accord pour reconnaître que Leibnitz en a admirablement exposé la théorie. Les données de la science peuvent, d'ailleurs, séparément apparaître à des hommes de génie, et une palme doit aussi revenir à celui qui se saisit d'une idée, qui la féconde et qui en met au jour toutes les déductions [1].

I.

Après cette faible esquisse de la grande figure de Leibnitz, entrons dans quelques détails sur ses travaux juridiques.

Le droit fut l'objet des premières études de ce grand philosophe. Il demandait à vingt ans d'être admis, devant la Faculté de Leipsick, aux épreuves du grade de docteur, et il y éprouvait un refus par suite d'une malencontreuse combinaison des autres aspirants, qui s'opposaient à ce qu'il vînt, si jeune, prendre rang, avant eux, pour arriver à une position dans cette Université [2]. Ainsi éconduit dans son pays, le jeune Leibnitz se

[1] Voir l'*Histoire de France* de M. Henri Martin, t. XII, p. 30, et t. XIV, p. 261 de la 4e édition. — M. Brassines, professeur à l'École d'artillerie et notre collègue à l'Académie impériale des sciences de Toulouse, a établi les droits incontestables de Fermat à l'invention du calcul différentiel et du calcul intégral, dans un écrit qui a pour titre : *Précis des œuvres mathématiques de Fermat*. Ce travail, d'une grande valeur pour l'interprétation et l'appréciation des travaux de Fermat, est au tome III de la 4e série des *Mémoires de l'Académie impériale des sciences, inscriptions et belles-lettres de Toulouse*, année 1853.

[2] Fontenelle, dans son éloge de Leibnitz, rapporte que ce fut à l'instigation de sa femme que le doyen de la Faculté de Leipsick opposa un refus à sa demande. Leibnitz ne parle pas de cette circonstance dans son autobiographie publiée par M. Foucher de Careil. Voici ce qu'on y lit de relatif à ce refus :

Digitized by Google

rendit à *Altorf*, dans le territoire de Nuremberg, où on lui fit un meilleur accueil. Il y subit toutes ses épreuves publiques avec un succès éclatant, et il y fit preuve d'une prodigieuse facilité d'élocution qui fascina tous les assistants. Le bonnet de docteur lui fut accordé avec honneur, et on lui fit même des offres pour l'attacher, en qualité de professeur, à l'Université de Nuremberg; mais il avait alors d'autres vues qui l'empêchèrent de les accepter. Les trois dissertations qu'il avait rédigées, à l'occasion du doctorat en droit, furent imprimées et figurent parmi celles de ses œuvres qui ont été recueillies par Dutens. La première a pour titre : *Specimen difficultatis in jure seu dissertatio de casibus perplexis*; — la seconde : *Specimen difficultatis in jure seu quæstiones philosophicæ amœniores ex jure collectæ;* — la troisième : *Specimen certitudinis seu de conditionibus.* Ces trois dissertations inaugurales attestent déjà de vastes lectures, et portent le cachet du génie qui embrasse la science dans ses détails pour généraliser et pour abstraire. La dernière se fait surtout remarquer par l'application au droit, de la méthode des géomètres. Elle présente une suite de de soixante-dix théorèmes juridiques sur les conditions. L'emploi de ce procédé, suivi plus tard par Wolf, rend la lecture de cet écrit très-pénible en ce qu'elle exige une attention profonde et des reports fréquents aux points déjà établis. La science du droit, basée sur une généralisation déduite des faits, et qui se compose d'un ensemble de formules, procède par la logique, mais ne peut que difficilement s'astreindre aux formes rigoureuses des méthodes employées par les géomètres. Il est regrettable que le travail de Leibnitz sur les conditions ne soit pas plus facilement accessible, parce qu'on y trouve des détails lumineux dont l'utilité serait mieux saisie s'il eût suivi un autre procédé d'exposition.

Ces premiers succès, dont Leibnitz se montre glorieux dans

« Facultas juridica Lipsiensis constat duodecim assessoribus, qui a professoribus sunt diversi. Hi vacant responsis potius atque consultationibus, quam lectionibus atque disputationibus. In eam recipiuntur omnes doctores juris Lipsienses, ordine doctoratus, ubi primum vacuus ipsis locus fit, alterius decessu. Ego videbam, si mature doctor crearer, me inter primos fore fortunamque in tuto collocaturum; sed tum forte ingens orta erat disputatio, cum quidam soli doctores creari vellent, aliis junioribus exclusis et in aliam promotionem dilatis. Illis favebant plurimi ex facultate..... » (*Nouvelles lettres et opuscules inédits de Leibnitz* (1857), p. 383, 384.

Digitized by Google

les fragments d'une autobiographie qu'il a laissés, durent l'encourager à entreprendre d'autres travaux. L'étude du droit convient aux jeunes hommes qui aiment à abstraire et à s'initier aux principes sur lesquels reposent les institutions sociales qu'ils voient fonctionner et au sein desquelles ils vivent. Notre philosophe n'était pas, d'ailleurs, sans ambition, et aspirait à se faire une position dans le monde politique. C'était par la culture du droit qu'il pouvait y arriver. Se trouvant à vingt-deux ans à Francfort, et voulant y donner des preuves de son aptitude à l'électeur Jean Philippe de Schomborn, il y écrivit, par le conseil du chancelier de Boinebourg, sans le secours de ses livres et à l'aide de sa riche mémoire, une méthodologie juridique qui a pour titre : *Nova methodus discendæ docendæque jurisprudentiæ.* Ce livre remarquable parut en 1668, et obtint le succès qu'il méritait. C'est celui des travaux juridiques de Leibnitz qui est le plus connu et le plus cité. On y trouve une savante généralisation de la science, des vues pleines de justesse et une érudition qui étonne lorsqu'on se rappelle l'âge de son auteur.

Plus tard, Leibnitz apprécia lui-même le mérite et les défauts de son œuvre, en manifestant l'intention de la refaire sans qu'il apparaisse que cette intention ait été réalisée [1].

La méthode nouvelle est suivie dans le recueil des œuvres de Leibnitz, publié par Dutens, d'une épître à un ami sur une révision du droit romain : *De nævis et emendatione jurisprudentiæ romanæ*, et d'un second écrit qui a pour titre : *Ratio corporis juris reconcinandi.* Notre juriste y propose de revoir les lois romaines et de reconstituer tout l'ensemble de la science du droit suivant une méthode qu'il trace. Il veut qu'on remanie les compilations des textes, afin d'en retrancher tout ce qui n'est

[1] Il s'exprimait à ce sujet ainsi dans une de ses lettres à Bierling, datée de Hanovre, le 16 mars 1712 : « Cum elegantem tuum de studiis instituendis dissertationem legerem, quam mihi miseras, recordabar libelli, quem olim adolescens edideram de methodo docendæ discendæque jurisprudentiæ..... aliquoties admonitus sum ut incudi redderem, et sane sunt in eo libello cogitationes quædam, quas ne nunc quidem sperno. Multa tamen fateor, dicta sunt jejunius : nam festinatissimus labor in diversorio francofurtano effundebatur, ut esset quod electori Mungantino dedicaretur, ad quem aditus mihi factus erat..... Nam si recudi deberet, multa essent corrigenda et supplenda, de quibus tum pariter et amplissimi *Kestneri* judicium expeto. » (*Apud* Dutens, t. I, p. 379.)

Digitized by Google

plus utile pour l'application ; il propose de refaire les collections de décisions et de rédiger des traités scientifiques. La législation, la jurisprudence et la doctrine seraient ainsi renfermées dans des cadres méthodiques, propres à simplifier les études et à faciliter l'application des principes. Cette idée est grande et belle. Sa réalisation eût doté l'Europe d'un Code de droit romain pratique qui eût été très-utile, et au moyen duquel on eût pu obtenir de grandes améliorations dans l'administration de la justice [1].

En parcourant ce vaste plan de Leibnitz, qui ne doit aboutir qu'à un choix et qu'à une mise en ordre des matériaux qui existent, on se demande pourquoi un esprit aussi élevé que le sien n'a pas procédé *à priori*, comme le fit plus tard Emmanuel Kant, et n'a pas proposé de reconstituer le droit de l'Europe sur les données rationnelles de la science pure, en dehors de tout empirisme, en s'affranchissant des traditions du passé. Plusieurs raisons purent détourner Leibnitz de ces hardiesses philosophiques qui convenaient cependant à la profondeur de son génie. Il traçait ses plans de réforme à un âge auquel il aspirait à une position politique, et il vivait dans un siècle et au sein d'une société où dominait le principe de l'autorité. Aussi judicieux qu'éclairé, il voyait dans le droit l'expression de la vie sociale qu'il acceptait, dans ses idées optimistes, telle qu'elle était avec sa somme de bien et de mal. Il avait étudié le droit dans ses sources romaines, et il comprenait que dans le champ de la pratique, où il s'était placé, on peut améliorer plutôt qu'innover. Il devait, dès lors, se borner à proposer une simple codification des règles existantes, accompagnées de

[1] Dans une lettre adressée à Hobbes en 1670, Leibnitz parle du projet qu'il avait conçu quatre ans auparavant, d'extraire des compilations du droit romain les principes en vigueur, pour en former un recueil de règles du droit pur semblable à l'ancien édit perpétuel du préteur. Il fait remarquer avec raison que les jurisconsultes ont basé un grand nombre de leurs décisions sur le droit rationnel, et que cette partie de leurs travaux a conservé toute son autorité en Europe : « Præsertim cum asserere ausim dimidiam juris romani partem meri juris naturalis esse; et constet, totam pene Europam eo jure uti, cui ei discrètè locorum consuetudine derogatum non est. » (Foucher de Careil, *Nouvelles lettres et opuscules inédits de Leibnitz* (1857), p. 188.) — Ce que Leibnitz proposait de faire pour les lois romaines, fut exécuté à cette époque avec succès par Domat, que Boileau a appelé le restaurateur de la raison dans la jurisprudence. (*Lettre de Boileau à M. Brossette.*)

Digitized by Google

quelques travaux de doctrine propres à en révéler l'esprit et à leur donner plus de vie. Leibnitz, comme jurisconsulte, appartient à l'école historique, qui voit dans le droit l'expression des faits se formulant au sein de la vie sociale comme un produit de la sagesse commune. Il avait étudié avec amour le droit de Rome qu'il mettait au-dessus de celui de tous les peuples, et il ne voyait rien de supérieur à la sagesse de ses jurisconsultes, qu'il loue d'avoir apporté une incomparable rectitude de jugement dans leurs décisions : *Dixi sæpius post scripta geometrarum nihil extare quod vi ac subtilitate cum romanorum jureconsultorum scriptis comparari possit : tantum nervi inest, tantum profunditatis*[1].

Leibnitz, en consacrant sa vie aux sciences, ne demeurait pas étranger au mouvement politique de l'Europe à son époque[2], et était par là amené à faire une large part à des travaux sur le droit international. On lui doit la publication d'un recueil d'une haute importance, souvent cité, et qui a pour titre : *Codex juris gentium diplomaticus*. Cette riche compilation parut à

[1] « Romani in omni genere doctrinæ græcis cedunt. Ab eis philosophiam, medicinam, studia mathematica mutuo sumpserunt, de suo vix quicquam magni momenti adjecerunt. In unâ jurisprudentia regnarunt; hujus etsi semina a græcis acceperint, inde tamen hortum excitarunt amplissimum pulcherrimumque, eaque in re unâ omnes populos quos constet vicerunt.

Excudent alii spirantia mollius æra,
Credo equidem; vivos ducent de marmore vultus :
Tu regere imperio populos, Romane, memento,
Hæ tibi erunt artes! . . . . . »

(*Epistola XV* ad KESTNERUM apud Dutens, t. IV, p. 267.)

[2] On sait qu'il tenta, dans l'ordre des faits religieux, d'opérer une réunion entre les protestants de la communion d'Augsbourg et l'Église catholique. Il entretint, dans ce but, avec Bossuet et avec Pélisson, une longue correspondance dans laquelle de hautes questions sont débattues avec un esprit de modération qu'on devrait prendre pour modèle. Cette correspondance est dans le tome Ier du recueil de Dutens.

Leibnitz avait des sympathies pour la France. Il avait compris l'importance qu'elle pouvait acquérir en se rendant maîtresse de la Méditerranée et en occupant l'Égypte, qui lui ouvrirait le commerce de l'Orient par sa route primitive. Ses vues sur ce point sont exposées dans un mémoire adressé à Louis XIV, que Napoléon ne connaissait pas avant son expédition d'Égypte, et qui a été récemment publié dans la collection des mémoires des savants étrangers imprimés aux frais de l'Académie. (*Mémoire de Leibnitz à Louis XIV, suivi d'un projet d'expédition dans l'Inde par terre.* Paris, 1840, in-8. — *Concilium ægyptiacum*, d'après le manuscrit de l'Institut de France, publié par Vallet de Virville. Paris, 1842, in-8.)

Digitized by Google

Hanovre, en 1692, en un volume *in-folio*, qui fut bientôt suivi d'un second, ayant pour titre : *Mantissa juris gentium diplomatici.* En tête de ce recueil sont placées deux préfaces dans lesquelles Leibnitz expose ses idées sur les bases rationnelles du droit naturel et du droit des gens, et sur quelques points qui touchent au droit public de l'Europe. On trouve dans le corps de l'ouvrage des traités auparavant inédits ou devenus rares, qui ont une grande valeur pour l'histoire du droit public international, pour l'étude des langues et du génie des peuples. Ce livre considérable est l'œuvre capitale de Leibnitz pour la partie du droit. La collection de Dutens en contient les préfaces ainsi qu'un mémoire rédigé en faveur des princes allemands, auxquels la France avait contesté, à Nimègue, les droits de souveraineté, et notamment celui de se faire représenter par des ambassadeurs[1]. Cet écrit parut sous le pseudonyme de Césarinus Furtsnerius, qui témoigne que son auteur ne s'y montrait pas défavorable aux droits du chef de l'empire. Il y admet, en effet, que l'empereur est le chef temporel des États d'occident, comme le pape en est le chef spirituel. Cette doctrine, qui devait peu convenir aux têtes couronnées, ne fit pas obstacle au succès de ce mémoire, remarquable, d'ailleurs, par la modération des idées et par un style plein de mesure. On y trouve une profonde connaissance du droit public de l'Europe, de l'histoire, et une initiation complète aux détails qui concernent les titres divers des ministres publics, ainsi que le cérémonial usité dans les relations diplomatiques.

Leibnitz a encore laissé un long écrit, publié en 1669, sur l'élection d'un roi pour la Pologne. Ce mémoire, rédigé en faveur du prince de Neubourg, a pour titre : *Specimen demonstrationum politicarum pro eligendo rege Polonorum.* Il offre une suite de propositions et de démonstrations produites sous une forme étrange, et peu adaptée à un semblable sujet. Ce procédé pouvait être approprié à la froideur des hommes du

[1] On peut aussi voir ce que dit à ce sujet VICQUEFORT dans son *Traité de l'ambassadeur et de ses fonctions*, au tome I, p. 82 et suiv. L'écrit de Leibnitz a pour titre : *Cæsarini Furstnerii tractatus de jure suprematus, ac legationum principum Germaniæ.* Ce mémoire eut plusieurs éditions en Allemagne, et fut aussi publié en français par son auteur lui-même, sous ce titre : *Entretiens de Philarète et d'Eugène sur la question du temps agitée à Nimègue, touchant le droit d'ambassade des électeurs et princes de l'empire.*

Digitized by Google

Nord; mais la lecture de cet écrit est, pour nous, très-fatigante, quoiqu'on y rencontre des développements pleins d'érudition. Nous y avons remarqué entre autres propositions celle-ci : *Eligendus catholicus esto.*

Les travaux de Leibnitz que nous avons jusqu'à présent mentionnés, se réfèrent principalement au droit civil et au droit international. Il a encore laissé un grand nombre de petits écrits et de lettres dans lesquels on trouve l'expression de ses idées sur la philosophie du droit. Il fait des vœux pour qu'on compose un traité classique de droit naturel, mieux adapté aux besoins des études que les ouvrages qui ont paru jusqu'à lui. Il ne méconnaît pas cependant les mérites de ses devanciers. Il a de l'estime pour Jean Bodin : *Bodini libros de republica ego quoque magni æstimo*[1]. Il rend justice au mérite de Hobbes, qui semble l'avoir séduit par sa concision, sa clarté, par l'excellence de sa méthode et par la puissance de ses raisonnements, quoiqu'il n'adopte pas les principes de son livre *De cive.* M. Guhrauer a récemment découvert, dans la bibliothèque de Hanovre, deux lettres adressées par Leibnitz à ce philosophe, qui viennent d'être publiées par M. Foucher de Careil. Il lui fait des avances, il lui donne des témoignages de la plus vive estime, et il l'assimile pour l'exactitude du raisonnement aux jurisconsultes romains : *Cum enim observarem jurisconsultos romanos incredibili subtilitate ac dicendi ratione luculenta* TUÆQUE VALDÈ SIMILI. Il lui déclare qu'il ne connaît personne, sans en excepter Descartes, qui possède mieux que lui le langage philosophique : « Et profiteri me passim apud amicos, et Deo dante etiam publicè me semper professurum, *scriptorem me, qui te exactius et clarius et elegantius philosophatus sit, ne ipso quidem divini ingenii Cartesio dempto, nosse nullum*[2]. » Leibnitz a

[1] Lettre à Bierlingen (recueil de Dutens, t. I, p. 355). — Il avait lu à Mayence, chez le baron de Boinebourg, un manuscrit du livre hardi de Bodin, qui a pour titre : *Colloquium Heptaplomeres de rerum sublimiorum arcanis abditis*, qui vient d'être publié pour la première fois en Allemagne par M. Louis Noack. Il écrivait en parlant de ce livre : « Legi aliquando opus integrum, volumen sane ingens, sed plus habens doctrinæ quam pietatis. »

[2] FOUCHER DE CAREIL, *Nouvelles lettres et opuscules de Leibnitz* (1857), p. 191. — Il y a une judicieuse critique des doctrines politiques de Hobbes dans le chapitre XI du *Traité des droits de souveraineté et d'ambassade des princes allemands* de Leibnitz, au tome IV, p. 360 et suiv. de l'édition de ses œuvres de Dutens.

Digitized by Google

bien apprécié la valeur du beau livre de Grotius *de jure belli ac pacis*. Ses principes diffèrent peu de ceux de ce profond publiciste [1]. Il a aussi des éloges pour Selden, tout en regrettant que cet homme, d'un si noble caractère, n'ait pas employé dans ses écrits toutes les ressources de son profond savoir et de son génie [2]. Il maltraite Puffendorf, dont il n'admet pas les doctrines étroites sur les fondements du droit. Il le qualifie, dans une lettre à Kestner, de *vir parum jurisconsultus et minime philosophus;* il lui reproche de n'avoir pas suffisamment établi la fin, l'objet et la source du droit naturel : *Quod nec finem, objectum, nec causam efficientem, juris naturæ recte constituisse videatur* [3].

Il fit paraître, sous l'anonyme, en 1709, un écrit contenant une réfutation des principes fondamentaux que Puffendorf avait exposés dans son livre sur *Les devoirs de l'homme et du citoyen* [4]. Barbayrac, professeur à Groningue, répondit plus tard à ces critiques de Leibnitz dans un appendice de la traduction française qu'il publia de cet ouvrage de Puffendorf, en l'accompagnant de ses annotations [5]. Tels sont les principaux travaux juridiques du profond philosophe allemand. Il ne nous reste plus, pour les faire mieux connaître, qu'à examiner quelques-uns

[1] « *Grotium* male tractasse negotia, calumnia *Auberii* fuit, nec probo *Vassoris* judicium, qui putat, viros bonos negotia bene tractare non posse. Illud fateor, tyrannis aut sceleratis tyrannorum administris, tales non convenire. » (*Epist. ad Bierlingium*, apud Dutens, t. I, p. 355.)

« Fatendum est, *Hugonem Grotium*, eximium virum, majorem usûs rationem habuisse, et quæ ex omni historia ac veterum monumentis selegit, præclare accommodasse ad regulas constituendas quæ nunc quoque vim habent. Poterat tamen utilior esse seculo, si seposita aliquando gravitate, qua semper ad illud eruditionis culmen assurgit, quo pauci, fateor, accedere possunt, familiariorem se reddidisset nobis, atque ex subinde tractasset, quæ magnis illis viris pro minutiis habentur; at nobis (ut nunc sunt, credoque erunt semper res humanæ) graves sæpe difficultates pariunt : quemadmodum sunt ceremoniæ, tituti, etc. » (*De jure suprematus ac legationum*, etc., *apud* Dutens, t. IV, p. 356.)

[2] *Monita quædam ad Samuelis Puffendorfii principia.* (*Apud* Dutens, t. IV, p. 276.)

[3] *Apud* Dutens, t. IV, p. 261.

[4] *Monita quædam ad Samuelis Puffendorfii principia, Gerh. Wolth. Molano directa.* (*Apud* Dutens, t. IV, p. 275.)

[5] *Jugement d'un anonyme sur l'original de cet abrégé*, p. 429 et suiv. du tome II, *Des devoirs de l'homme et du citoyen, traduits du latin de Puffendorf, par* Jean Barbairac; Amsterdam, 1722.

Digitized by Google

des principaux points de doctrine qu'on y rencontre, et qu'à rechercher l'influence qu'ils ont pu exercer sur l'élaboration et les progrès de la science du droit en Europe.

II.

Ce qui intéresse d'abord, c'est ce qui concerne les doctrines de Leibnitz sur les bases fondamentales du droit. Il appartient en philosophie à l'école spiritualiste; il est théiste; il croit à l'immortalité de l'âme, et il considère ce monde comme l'œuvre d'une intelligence et d'une puissance suprême, qui, parmi les mondes possibles, a choisi le meilleur. Il admet le libre arbitre, malgré les difficultés de concilier la spontanéité des actions humaines avec sa théorie de l'*harmonie préétablie*, à l'aide de laquelle il explique les rapports entre l'âme et le corps. Selon lui, si Dieu permet le mal sans jamais le vouloir, c'est parce que l'humanité, tout en marchant dans les voies de la Providence, doit agir avec liberté, et parce que le mal est, d'ailleurs, souvent la condition du bien.

C'est sur ces données philosophiques que Leibnitz édifie l'idée du droit. Il admet l'existence d'un droit naturel, qui doit fournir la base des décisions judiciaires toutes les fois qu'aucune disposition des lois positives n'est applicable aux cas qui se présentent[1]. Il a à édifier les fondements du droit na-

[1] La doctrine que Leibnitz expose sur ce point dans sa dissertation *De casibus perplexis*, mérite d'être signalée : « Quia leges positivæ civili ratione nituntur jus naturæ et gentium velut in modum exceptionis determinante, ac specialibus restringente; hinc jus istud naturæ et gentium in proposito aliquo casu tamdiu obtinebit, donec contrarium lege, quasi pacto universali populi (nam etiam quod princeps leges ferre possit, ex populi in eum consensu descendit) introductum probetur. » (Cap. 11, *apud* Dutens, t. IV, p. 50.)

Il reproduit cette remarquable théorie dans la deuxième partie de sa *Nova methodus*, au § 71 : « Principia decidendi sunt *ratio, ex jure naturæ;* et *similitudo, ex jure civili certo.* Nam si accurate rem consideremus, omne jus civile magis facti est quam juris : quia probandum est, non ex natura rerum, sed ex historia seu facto. Probandum enim est legem esse promulgatam, consuetudinem introductam; deinde probandum etiam est, qui leges tulit, ejus rei potestatem facto et pacto sibi acquisivisse. Unde patet legem ex conventione populi valere. Cumque certi juris sit, in eis ubi pactum non intercessit, obtinere jus merum; patet in iis casibus, de quibus lex se non declaravit, secundum jus naturæ esse judicandum. Quemadmodum in casu cessantium statutorum judicatur secundum jus commune. Si observarent hoc dicisionarii, facilius se extricarent; verum illi ad similes potius materias jure civili decisas respiciunt, et ex illis ad has argumentantur, quæ res

Digitized by Google

turel, et nous avons à faire, pour cette partie importante de ses travaux, des observations sur la forme qu'il emploie pour exprimer ses doctrines, et sur ses doctrines elles-mêmes.

La forme est peu satisfaisante. Leibnitz l'a adaptée à une formule du droit romain, et cette inspiration a été malheureuse. *Ulpien* avait renfermé le droit dans ces trois préceptes : *Honeste vivere*, *alterum non lædere*, *suum cuique tribuere* [1]. C'est dans ce cadre que le philosophe allemand renferme ses notions sur le droit naturel, en voulant faire de l'éclectisme, en essayant de combiner les doctrines de Platon, d'Aristote, d'Épicure. Selon lui, l'évolution de ce droit se fait par trois degrés : 1° Le droit strict (*jus strictum*), suivant lequel on s'abstient de tous actes dommageables pour éviter l'état de guerre qu'amèneraient les lésions occasionnées à autrui, *honeste vivere*. — 2° L'équité (*æquitas*), qui prescrit la réparation des torts, *alterum non lædere*. — 3° La piété (*pietas*), qui exige l'observation de la loi de Dieu et l'accomplissement des devoirs envers les autres hommes, *suum cuique tribuere*. L'accomplissement de ces préceptes produit la justice qu'il définit *caritas sapientis*, l'amour dans le sage, comme Aristote avait défini la vertu : *mediocritas prudentis*, la modération chez l'homme prudent [2]. Telle est la formule que Leibnitz emploie pour exprimer sur le droit ses principes. Nous l'avons résumée, pour la réduire, à son expression la plus concise. Il y a loin de là à la belle définition de Montesquieu : « Les lois sont les rapports nécessaires qui dérivent de la nature des choses [3]; » et à la notion profonde de

illis magnam perplexitatem parit; sunt enim plures uni similes, et unus ad hanc, alius ad aliam similitudinem confugit. Ideo tutius arbitror, referre se ad merum immutabileque jus naturæ. » (*Apud* Dutens, t. IV, p. 211.)

[1] Fragment 10, § 1, *De justitia et jure*.

[2] Dissertation placée en tête du *Codex diplomaticus*, XI. Il reproduit dans sa VIIe lettre à Kestner cette notion de la justice : « Est ergo justitia perfectio sapientiæ conformis quatenus persona se habet erga bona malaque aliarum personarum. » (Collection de Dutens, t. IV, p. 261.)

[3] *Esprit des lois*, liv. I, ch. 1. « Dans ce sens, ajoute Montesquieu, tous les êtres ont leurs lois : la Divinité a ses lois, le monde matériel a ses lois, les intelligences supérieures à l'homme ont leurs lois, les bêtes ont leurs lois, l'homme a ses lois..... Il y a donc une raison primitive; et les lois sont les rapports qui se trouvent entre elle et les différents êtres, et les rapports de ces divers êtres entre eux. »

Leibnitz exprime aussi sur le droit des idées générales dans sa VIIe lettre à Kestner : « Puto tibi mecum convenire, cum justitiam colloco inter per-

Digitized by Google

Kant : « Le droit est l'ensemble des conditions sous lesquelles le libre arbitre de chacun peut se concilier avec le libre arbitre des autres, suivant une loi générale de liberté [1]. » Mais si la formule de Leibnitz, trop servilement renfermée dans un cadre préétabli, n'est pas, quant à sa forme, à la hauteur actuelle de la science, il en est autrement des notions générales qu'on peut recueillir dans ses œuvres. Elles sont au niveau des doctrines les plus avancées. C'est de Dieu, qui a créé toutes choses pour une fin, qu'émane le droit naturel, non comme une œuvre arbitraire de sa puissance, mais comme un acte de sagesse, et comme une déduction nécessaire de la nature des êtres : *Deum esse omnis naturalis juris auctorem verissimum est, at non voluntate, sed ipsa essentia sua, quâ auctor est etiam veritatis* [2]. Puffendorf n'avait vu dans la loi que l'expression de la volonté du souverain à laquelle était due obéissance. Leibnitz fait remarquer que cette notion n'exprime que l'arbitraire et l'empire de la force, la négation du droit et l'affranchissement de toute obligation pour celui qui n'a pas de supérieur. Il maintient qu'au-dessus de la puissance dominent le droit et les préceptes de la justice. Les actes de tyrannie qui émaneraient d'un mauvais génie ne seraient pas justifiés par la puissance, qui lui permettrait d'obtenir l'obéissance au moyen de la crainte. *Et si fingeretur (quod impossibile est) malum quemdam genium omnium rerum potestatem habere, non ideò quod irresistibilis esset, desineret ille malus esse, et injustus tyrannus, et justæ superforent quærendi causæ, etsi quærelæ irritæ essent* [3].

Il reconnaît au droit une vertu morale qu'il possède par

fectiones divinas et distinguo à potentia, cum pendeat a sapientia et bonitate. Undè patet justitiam non oriri ex præscripto superioris, nisi si quis Deum, qui est summæ potentiæ, ut adeo superiore careat, ac puniri et in ordinem redigi non possit, ideò quidvis recte facturum, atque etiam innocentem damnare posse arbitretur. Hinc porro manifestum est, universalem juris scientiam non tantum ad res hujus vitæ non contrahi, sed nec restringi ad genus humanum; cum omnem substantiam intelligentem, et maxime Deum fontem æqui bonique, et cæteris mensuram complectatur. » (*Apud* Dutens, t. IV, p. 261.)

[1] *Principes métaphysiques du droit;* introduction, § B.

[2] *Observationes de principio juris,* XIII. (*Apud* Dutens, t. IV, p. 273.)

[3] *Observationes de principio juris,* IX, recueil de Dutens, t. IV, p. 272.— Voir aussi les réserves qu'il fait au sujet de la doctrine de Hobbes, à la fin de la seconde lettre à ce philosophe. (Foucher de Careil, *Nouvelles lettres et opuscules* publiés en 1857, p. 193 et 194.)

Digitized by Google

lui-même sans qu'elle lui soit conférée, et à l'obligation une nécessité d'accomplissement indépendante de toute coaction extérieure. *Est autem jus, quædam potentia moralis, et obligatio necessitas moralis.* Au-dessous du droit immuable de la nature émanant de Dieu, et se manifestant au moyen de la raison, vient se placer le droit positif qui procède de la volonté humaine, *jus voluntarium*, s'exprimant par les coutumes, *receptum moribus*, ou par l'organe d'un supérieur, *vel a superiore constitutum*[1]. — Leibnitz, influencé peut-être par les doctrines de Hobbes, assigne pour source première, au droit positif, un pacte primitif générateur des pouvoirs sociaux : *legem ex conventione populi valere*[2]. *Quod princeps leges ferre possit ex populi in eum consensu descendit*[3]. — Il explique très-bien la valeur historique du Droit positif, et il a mieux compris que Pascal[4] que l'expression de ce droit, adapté aux besoins spéciaux de chaque pays et aux mœurs de chaque époque, ne saurait être toujours identique et doit varier au sein de l'espace et du temps.

Il n'assigne au droit positif qu'un rôle secondaire, et il propose, comme nous l'avons vu, d'admettre le droit naturel, *merum jus*, pour base des décisions, toutes les fois qu'une disposition du droit positif n'a pas expressément statué : *jus naturæ et gentium in proposito aliquo casu tandiu obtinebit donec contrarium lege, quasi pacto universali populi, introductum probetur*[5]. Il fait remarquer que l'action de la loi est toute empirique, car elle consiste dans des questions de fait et d'histoire. *Nam si accurate rem consideremus, omne jus civile*

[1] *Dissertatio de actorum publicorum usu, atque de principiis juris naturæ et Gentium*, XIV. (*Apud* Dutens, t. IV, p. 287.)

[2] *Nova methodus*, pars II, § 71. (*Apud* Dutens, t. IV, p. 211.)

[3] *De casibus perplexis*, XI. (Dutens, t. IV, p. 50.)

[4] Voir les *Pensées* de Pascal, Ire partie, art. 8 et 91. — « Neque vero necesse est, ut sit omnium gentium vel omnium temporum, quum in multis arbitrer aliud Indis aliud Europæis placere, et apud nos ipsos seculorum decursu mutari. » (*Codex diplomaticus, dissertatio* Ia, § 14.)

[5] *De casibus perplexis*, XI. *Nova methodus*, part. II, § 71. (*Apud* Dutens, t. IV, p. 50 et 211.) — Pour Leibnitz, le droit naturel est *la boussole* qui doit guider le jurisconsulte dans les matières non encore explorées : « Interea danda jurisconsulto opera est, ut cognitas saltem regiones lustret, id est casus jam ventilatos colligat et decidat; ita cum ad nova littora tempestate deferaretur, id est, in novos casus incidet; ope *magnetis*, id est, juris naturalis, facile se explicabit. » (*Nova methodus*, pars II, § 70; *apud* Dutens, t. IV, p. 211.)

Digitized by Google

magis facti est quam juris, quia probandum est non ex natura rerum sed ex historia seu facto[1]. — Ainsi, dans la pensée de Leibnitz, le droit est une science philosophique et historique. La philosophie lui fournit des règles rationnelles déduites des rapports qui s'établissent au sein des sociétés humaines; l'histoire lui offre ce qui a été établi par une volonté souveraine, pour être observé au sein de chaque état[2]. Ces notions et cette prédominance qu'il reconnaît à la loi naturelle expliquent l'élaboration de la jurisprudence romaine. C'est la lutte du rationalisme des jurisconsultes, contre la lettre de la loi, lorsqu'elle n'est pas en rapport avec l'état de la société ou avec l'équité[3].

L'histoire du droit a reçu de Leibnitz une division qui a été adoptée par Gustave Hugo avec quelques modifications[4], et qui est devenue classique. Il distingue l'histoire interne et l'histoire externe : *Jurisprudentia historica vel est* INTERNA *vel* EXTERNA[5]. L'histoire interne embrasse la substance même du droit. L'histoire externe fournit le tableau des événements au sein desquels le droit s'est formé, les secours nécessaires pour son exacte intelligence. Cette division, quoique rationnelle, ne doit pas être suivie d'une manière trop absolue. Il convient, pour bien faire saisir l'esprit de la loi, d'accompagner souvent l'exposition des principes qu'elle consacre, de détails histori-

[1] *Nova methodus*, § 71. *Suprà*, note 1 de la page 458.

[2] Il établit une distinction entre le droit, la morale et la politique, dans sa VIIe lettre à Kestner : « Ethicæ est docere virtutem : jurisprudentiæ hunc quem dixi usum ejus ostendere. Politica viro egregio *Jacobo Thomasio* non ineptè olim jurisprudentiam et rationem status complectebatur ; sed per me licet politicam strictius accipi de utilitate status, et a jurisprudentia distingui. » (*Apud* Dutens, t. IV, p. 261.)

[3] Dans sa lettre à Hobbes, datée du 13 juillet 1670, il avance que la moitié au moins des dispositions des lois romaines se compose des préceptes de la loi naturelle : « Presertim cum asserere ausim *dimidiam* juris romani partem meri juris naturalis esse. » (FOUCHER DE CAREIL, *Nouvelles lettres et opuscules*, 1857, p. 188.)

[4] *Histoire du droit romain*, INTRODUCTION.

[5] « Illa (*historia interna*) ipsam jurisprudentiæ substantiam ingreditur, hæc (*historia externa*) adminiculum tantum et requisitum. *Historia juris interna* est, quæ variarum rerum publicarum jura recenset.... *Historia externa* ad jurisprudentiam necessaria est. *Historia romana* ad intelligendum jus civile ; *Ecclesiastica*, ad intelligendum jus canonicum ; *medii ævi* ad intelligendum jus feudale ; *nostrorum temporum* ad intelligendum jus publicum. » (*Nova methodus*, pars II, §§ 29 et 30, *apud* Dutens, t. IV, p. 191.)

Digitized by Google

ques sur les événements au sein desquels ils se sont produits, et de réunir ainsi l'histoire externe à l'histoire interne.

Il n'est pas dans notre plan d'entrer dans trop de détails et d'exposer toutes les théories générales qu'on rencontre dans les écrits juridiques de Leibnitz, nous devons nous borner à ce qu'il y a de plus intéressant et de plus saillant. Une de ses doctrines qui lui sont le plus personnelles, est celle qu'il émet sur le droit de succéder. Voici comment il la formule dans sa *Nova methodus*, tant par rapport à la succession *ab intestat* qu'à la succession testamentaire. Nous allons rapporter le passage en entier, pour que la théorie qu'il contient puisse être saisie dans son ensemble. Nous le ferons suivre de quelques observations : *Succedunt ab intestato mero jure soli descendentes, in stirpes, sed ita in ea tantum bona, quæ parentis erant, quum nascerentur, quia anima eorum per traducem ex anima parentis orta est: cæterorum successio ab intestato pertinet ad fontem pactorum, quia ex lege descendit. Testamenta vero mero jure nullius essent momenti, nisi anima esset immortalis. Sed quia mortui revera adhuc vivunt, ideò manent Domini rerum, quos vero heredes reliquerunt concipiendi sunt ut procuratores in rem suam*[1]. Pour bien apprécier cette doctrine de Leibnitz, il faut se placer au point de vue de son ontologie et de sa psychologie. La question, pour la succession *ab intestat*, est celle-ci : lèsera-t-on des droits naturels en transmettant arbitrairement, par les dispositions de la loi positive, les biens que laissent les mourants? On sait que de nos jours des socialistes, et notamment les Saints-Simoniens, ont voulu considérer le droit de succéder comme un privilége inique, et ont proposé de faire rentrer dans la masse commune les patrimoines des décédés. Leibnitz reconnaît aux enfants des droits sur les biens de leurs ascendants auxquels il ne doit être porté aucune atteinte[2]; mais il limite ces droits aux seuls biens que possédaient les auteurs de leurs jours lorsqu'ils sont nés. Il ne l'étend pas aux acquêts provenant des gains et

[1] *Nova methodus*, pars II, § 20, *apud* Dutens, t. IV, p. 187.

[2] La loi romaine consacrait ce droit ; le jurisconsulte Paul s'exprimait ainsi sur ce point : « Cum *ratio naturalis*, quasi lex quædam tacita, liberis parentum hereditatem addiceret, velut ad debitam successionem eos vocando, propter quod et in jure civili *suorum heredum* nomen eis indictum est, ac ne judicio quidem parentis nisi meritis de causis, summoveri ab ea successione possunt. » (Frag. 7, D., *De bonis damnatorum.*)

Digitized by Google

des économies du père de famille. Il donne pour raison de cette limitation que l'enfant est une émanation du père, qui forme un rameau de l'arbre de la famille et qui participe aux biens qu'elle s'était appropriés lorsqu'il vient à naître. On se rend compte de cette doctrine lorsqu'on se reporte à la monadologie de Leibnitz et aux théories du droit germanique sur la distinction des biens en propres de famille et en acquêts.

Le système de Leibnitz, sur le droit de tester, présente aussi les apparences de quelque étrangeté pour l'homme du monde qui ne pénètre pas au fond des choses et qui ne les apprécie que par leur surface extérieure. Il a cependant pour le juriste une grande portée. L'homme est-il investi, selon les lois de la nature, de la puissance de transmettre ses biens par sa volonté, à un successeur de son choix, lorsque sa personnalité disparaît de cette vie? La succession testamentaire ne serait-elle qu'une création de la loi civile que le législateur, sans blesser le droit, pourrait établir ou ne pas admettre? Leibnitz pense que le droit de tester ne peut être justifié qu'en le rattachant à l'immortalité de l'âme. C'est, dit-il, parce que dans la réalité les morts conservent leur personnalité, et sont encore doués de la vie qu'ils peuvent être représentés, quant à leurs biens, par celui qu'ils ont désigné. Pour lui, en effet, la monade âme est immortelle, et conserve même des rapports avec ce monde, après les modifications que la mort a fait subir à la partie matérielle de notre être [1].

[1] Nous pensons que Wolf se trompe lorsqu'il met au nombre des opinions de son jeune âge dans lesquelles Leibnitz n'eût pas persisté, celle qu'il émet sur l'origine du droit de tester : « Quamobrem quoque non dubito, *Leibnitium* ætate maturiori minime probasse rationem quam reddit, part. II, § 19 (20), *Novæ methodi*, cur et quatenus testamenta sint juris naturalis, quippe quæ magis ingeniosa, quam solida est. » (*Apud* Dutens, p. 161.)

La doctrine de Leibnitz sur le droit de tester est en harmonie parfaite avec son *ontologie* et avec les idées qu'il expose dans sa *Monadologie*, adressée en 1714 au prince Eugène, et qui offre un résumé de ses doctrines sur Dieu, sur l'âme, sur l'univers. Selon lui, la substance est une force indivisible, simple, incorruptible, une puissance moyenne entre la virtualité et l'acte, une *monade*. Les monades diffèrent entre elles, mais suivant une diversité hiérarchique et une loi de continuité qui rattache les êtres les unes aux autres. Il admet, suivant les lois de la génération, la persistance de la personnalité tant à l'égard des corps qu'à l'égard des âmes. La génération n'est que le déploiement, l'épanouissement de la monade. La mort se produit lorqu'elle se reploie, se concentre en elle-même. De même que de la génération naît la

Digitized by Google

Dans le solennel débat qui s'éleva au sein de l'assemblée constituante sur le droit de tester, c'est aussi à l'immortalité de l'âme qu'on rattacha la solution de la haute question qui était agitée[1]. On peut constater, en parcourant les discours qui furent alors prononcés, que ceux qui attaquaient le droit de tester exprimaient des doctrines matérialistes. « L'homme, disait alors Robespierre, peut-il disposer de cette terre qu'il a cultivée, lorsqu'il est lui-même réduit en poussière[2] ? » C'est qu'en effet le néant ne peut rien, et qu'aucun droit ne peut surgir de la tombe si elle renferme l'homme en entier. La propriété, qui n'est qu'un rapport entre la personnalité humaine et les objets extérieurs, s'éteint si cette personnalité est entièrement anéantie. La loi positive peut bien, dans ce cas, par la puissance d'exécution qu'elle possède, transmettre et assurer les biens à l'héritier désigné par le défunt; mais ce sera la volonté du législateur qui les lui adjugera sous les conditions qu'il lui plaira d'établir, et non la volonté du mort qui est sans force. Remarquons bien, en effet, que le défunt a conservé ses biens jusqu'à ce que sa mort ait été complète, et qu'à l'instant où il a cessé d'être investi de son droit de propriété, la cessation de son existence, si elle est entière, a anéanti pour lui la possibilité de transférer un droit.

Il y a donc une grande pensée philosophique et une logique exacte dans la doctrine émise par Leibnitz. Quant à moi, j'ajouterai encore que le droit de tester donne de la valeur au droit de propriété, et rehausse la dignité de l'homme en lui fournissant les moyens d'acquitter, en mourant, la dette de la reconnaissance, de pourvoir aux besoins des personnes qui lui sont chères, et de mieux assurer l'acquittement de ses engagements[3].

mort, de la mort naît aussi la vie. Il n'y a dans ces faits qu'une métamorphose, que la production d'incessants progrès. « Les âmes raisonnables, dit-il, ... sont exemptes de tout ce qui leur pourrait faire perdre la qualité de citoyens de la société des esprits, Dieu y ayant si bien pourvu que tous les changements de la matière ne leur sauraient faire perdre les qualités morales de leur personnalité. » (*Système nouveau de la nature*, au tome I, p. 583 de l'édition des Œuvres de Leibnitz de M. Jacques.)

[1] Voir M. Laferrière, *Histoire des principes et des lois de la révolution française*, p. 222. — Voir aussi un remarquable travail du même auteur sur la doctrine philosophique des jurisconsultes romains en matière de succession et de testament, *Revue du droit français et étranger*, année 1849, p. 517.

[2] Buchez et Roux, *Histoire parlementaire*, t. IX, p. 282.

[3] Voir, pour le développement de mes idées sur le droit de tester, un tra-

Digitized by Google

« Le testament, a dit avec raison M. Troplong, est le triomphe de la volonté librement émanée d'une âme immortelle [1]. »

Je ne dois pas passer sous silence la doctrine de Leibnitz sur le droit de punir. Fidèle à la théorie qu'il peut avoir empruntée à Hobbes, et qui rattache les attributs de la souveraineté à une convention, il considère comme émanant d'un pacte, l'obligation de subir les châtiments. « *Omnes obligationes publicorum judiciorum, sive ad pœnam corporalem, sive pecuniariam tendant, pertinent ad pactorum fontem* [2]. »

Beccaria devait, un siècle plus tard, induire de ce système que les lois seules peuvent fixer les peines de chaque délit, et que les hommes n'ayant fait, en constituant le pouvoir souverain, que l'abandon de la partie de leur liberté, dont le sacrifice est indispensable pour obtenir la sécurité, ne peuvent avoir à subir que les peines strictement nécessaires pour le maintien de l'ordre [3].

Cette doctrine de Leibnitz, qui rattache le droit de punir à un pacte, ne concerne que le droit positif. Il s'élève à une plus grande hauteur, dans sa théodicée, lorsqu'il y aborde le grand problème philosophique de l'origine du mal. Il y édifie le droit de punir sur le mérite et le démérite des actions humaines, sur l'idée de la justice. Il est, dit-il, une certaine justice qui n'a pour objet ni l'amendement du coupable, ni l'exemple, ni la réparation du tort causé dans l'ordre de l'intérêt privé, et qui ne se propose que les convenances, la satisfaction résultant du châtiment d'une action coupable. Cette justice, dont les Sociniens, Hobbes et quelques autres, nient l'existence, ne s'adapte pas aux idées suivant lesquelles tout arriverait d'après les lois d'une nécessité absolue. Elle a pour base une certaine relation de convenance qui donne satisfaction à l'offensé et aux sages auxquels elle se manifeste. On peut la comparer à un concert harmonieux ou à

vail sur la mort civile que j'ai publié dans la *Revue de droit français et étranger*, année 1850, p. 493.

[1] *De la propriété d'après le Code civil*, p. 35.

[2] Il développe ainsi ce principe : « Promisit enim quilibet subditus reipublicæ, se decreta ejus vel universalia, ut leges; vel singularia, ut sententias; rata habiturum. Decrevit autem lex, ut, qui hoc faciat, illud persolvat. Ex ipso igitur pacto promissæ fidelitatis tenetur. » (*Nova methodus*, pars II, § 9, *apud* Dutens, t. IV, p, 186.)

[3] *Dei delitti e delle pene*, §§ 2 et 3.

Digitized by Google

un édifice d'une architecture magnifique, qui rappelle aux grandes âmes le sentiment du beau. Le législateur qui a menacé le coupable, en établissant des peines, ne devrait pas lui laisser l'impunité, lors même que le châtiment ne pourrait avoir pour l'avenir aucune utilité préventive : *Etiamsi pœna nemini ultra corrigendo utilis foret.* Toute atteinte à l'ordre exige, en effet, une réparation, sans laquelle l'âme serait troublée par le spectacle du désordre moral, résultant de l'impunité : *Et dici quoque potest, certam quamdam hic compensationem prestari menti, quam perturbatio ordinis offenderet, nisi punitio quid ad instaurandum ordinem conferret*[1].

Ce beau passage, dans lequel Leibnitz s'élève à la hauteur du *Gorgias* de Platon, témoigne de la faiblesse des arguments qu'il a eu à produire contre Descartes, lorsqu'il a voulu lui contester la possibilité d'établir l'existence du libre arbitre par le sentiment intime de la liberté. Nous avons vu que Leibnitz avait eu des doutes sur la liberté peu conciliables avec son système de l'harmonie préétablie[2]. Dans un autre passage de sa théodicée, qui précède celui que nous avons rapporté, il examine si l'emploi des châtiments est conciliable avec les doctrines négatives du libre arbitre, et il admet l'affirmative en n'envisageant les peines que sous le point de vue de leur utilité. L'opinion qu'il émet se rapproche beaucoup de celle que

[1] *Tentamina Theodicæ*, part. I, § 73 (*apud* Dutens, t. I, p. 168). — Il s'exprimait aussi en ces termes dans une lettre adressée à l'électrice ***, et publiée par M. Foucher de Careil : « Quant à l'ordre et à la justice, je crois qu'il y a des règles universelles qui doivent avoir lieu tant à l'égard de Dieu qu'à l'égard des créatures intelligentes.... Il est bon de considérer que l'ordre et l'harmonie sont aussi quelque chose de mathématique qui consiste dans certaines proportions. Et que la justice n'étant autre chose que l'ordre qui s'observe à l'égard du mal et du bien des substances intelligentes, il s'ensuit que Dieu, qui est la souveraine substance, garde immuablement la justice et l'ordre le plus parfait qui se puisse observer. » (*Lettres et opuscules inédits de Leibnitz*, 1854, p. 250.)

[2] Voir son fragment *De libertate*, publié par M. Foucher de Careil, *Nouvelles lettres et opuscules de Leibnitz* (1857), p. 178. — Leibnitz croit avoir prouvé la liberté en la confondant avec la spontanéité et l'absence de toute contrainte extérieure. Selon lui, il n'y a point de nécessité dans les choses individuelles, et tout y est contingent, mais rien non plus n'y est indifférent, puisque tout y est déterminé par avance. La liberté n'est pour lui qu'une spontanéité intelligente. — Voir les *Nouveaux essais de Leibnitz sur l'entendement humain*, liv. II, chap. 21.

Digitized by Google

Spinoza exprime en termes exprès, sur ce point, dans sa correspondance avec Oldenbourg [1].

Leibnitz trouve dans l'intimidation qui résulte de l'application des peines, une cause de détermination qui amène l'obéissance. Il interroge les faits; il constate l'efficacité des châtiments, même à l'égard des bêtes, et il arrive à cette conclusion : *Cum certum et experientia comprobatum sit, pœnarum metum, spemque præmiorum hominibus à malo absterrendis et ad bonum compellendis prodesse; adhiberentur ea jure meritoque, etiamsi homines ex necessitate agerent qualiscumque demum ista foret necessitas* [2].

Il répond à l'objection qui consiste à dire que si toutes choses sont nécessaires, rien n'est en notre pouvoir et ne peut nous être imputé pour mériter des récompenses ou des peines, en faisant observer que les actions nécessaires dépendent encore de nous, en tant que notre volonté peut être déterminée par l'espérance des louanges ou du blâme, par l'amour des récompenses ou la crainte de la douleur [3].

Sans examiner la valeur philosophique de cette solution d'un grand problème moral de tout temps débattu, je me bornerai à faire remarquer la doctrine ecclectique de Leibnitz. Elle établit le droit de punir, sur une double base : sur la convenance du rapport entre la faute et le châtiment, entre la pratique du bien et la récompense; sur l'utilité préventive des peines. La justice qui repose sur la première de ces bases émane de Dieu, suppose l'existence du libre arbitre, et fait abstraction, en appliquant les peines, de toute utilité contingente. Leibnitz la qualifie de justice *vindicative* (*justitia vindicativa*). — L'autre justice,

[1] Lettres X, XI et XII (*OEuvres de Spinoza*, traduites par M. Saisset, t. II, p. 343).

[2] *Tentamina Theodiceæ*, part. I, § 71 (*apud* Dutens, t. I, p. 168).

[3] « Patet aliquos homines, ingenio pollentes, quibus omnia necessaria persuasum est, immeritò negare, laudari quemquam aut vituperari, præmio aut pœna adfici debere. Puto eos ingenii sui ostentandi ergo id tantum jactare; ratio prætenditur, quod, cum omnia sint necessaria, nihil remaneat in nostra potestate. Sed ratio ista lubrico planè fundamento innititur : actiones necessariæ adhuc in nostra potestate forent, saltem in quantum facere eas aut omittere possemus, cum spes vel timor laudis aut vituperii, voluptatis aut doloris, eò nostram voluntatem impellerent : sive impulissent necessariò, sive impellendo spontaneitatem, contingentiam ac libertatem, ex æquo integras reliquissent. » (*Tentamina Theodiceæ*, § 75, *apud* Dutens, t. I, p. 170.)

Digitized by Google

simplement *corrective* (*justitia correctiva*), agit par l'intimidation, et n'exige qu'une liberté imparfaite qui ne consiste que dans l'absence de toute contrainte extérieure. Elle est essentiellement exemplaire, elle se produit au dehors et elle exerce son action, non-seulement sur les hommes, mais même sur les bêtes et les choses inanimées qui ont été l'instrument d'un délit, ou qui appartiennent au délinquant, lorsque leur destruction peut impressionner et répandre la terreur[1].

Il y a, dans cette distinction de deux espèces de justice, les éléments de la doctrine émise de nos jours dans les écrits de M. Guizot[2], de M. de Broglie[3], de M. Rossi[4], qui rattache le principe du droit de punir à l'idée du mérite et du démérite des actions humaines, et qui en limite l'exercice par la raison d'utilité. Dans ce système, la peine n'a droit que sur le crime, selon l'expression de M. Guizot, et ne doit être infligée par la justice humaine que dans un but d'utilité. Le droit de punir trouve ainsi son fondement dans la justice *vindicative* de Leibnitz, et la mesure de son action dans la justice *corrective*. La loi frappe le coupable pour détourner de la perpétration du

[1] Jousse, dans la préface de son *Traité de l'administration de la justice criminelle en France*, rattache à l'objet préventif de la loi, par l'intimidation, les condamnations prononcées autrefois contre des enfants pour le crime de leur père, quoiqu'ils en fussent innocents; contre des furieux et des insensés, contre des mineurs, contre la mémoire et le cadavre des coupables. « On a même été plus loin, dit-il, et il est arrivé quelquefois que l'on a fait le procès à des animaux pour homicides par eux commis; enfin on a fait quelquefois le procès aux choses inanimées : comme quand on brûle des libelles et autres écrits séditieux; quand on brise des statues ou que l'on rase des châteaux, forteresses ou autres édifices, etc. » — Sur les procès faits aux animaux et aux choses inanimées, voir Pierre Ayrault, *l'Ordre, formalité et instruction judiciaire dont les anciens Grecs et Romains ont usé ès accusations publiques, conféré au stil et usage de nostre France*, liv. IV, p. 602 et suiv. de l'édit. de 1604. — Le livre de Pierre Ayrault, avocat au parlement de Paris et lieutenant criminel au présidial d'Angers au XVIe siècle, offre une érudition profonde, des vues élevées et cette critique judicieuse et hardie qu'on rencontre dans les écrivains de son époque.— Il y a au tome VIII (1829) du *Recueil de la société des antiquaires*, un mémoire de M. Berriat-Saint-Prix sur *les procès et jugements relatifs aux animaux*, dans lequel il cite quatre-vingt-deux de ces procès faits du XIIe au XVIIIe siècle.

[2] M. Guizot, *De la peine de mort en matière politique* (1822).

[3] *Revue française* du mois de septembre 1828, article de M. de Broglie sur le droit de punir et la peine de mort.

[4] M. Rossi, *Traité de droit pénal*, publié en 1829 à Paris et à Genève.

Digitized by Google

crime; mais les faits qu'elle atteint sont ceux qui blessent la morale sociale, et elle n'excède pas, dans la mesure du châtiment, les données de la valeur des faits, à raison desquels ils sont appliqués. Les opinions de Leibnitz sur le droit de punir sont donc très-avancées, et peuvent rentrer, en les combinant, dans celles qui ont été publiées par les publicistes les plus éclairés de notre époque.

J'ai le regret de ne pas avoir à porter un semblable jugement sur ce que Leibnitz dit de la torture, cette pratique barbare d'origine grecque et romaine, qui s'était introduite au sein du moyen âge, dans la procédure, à la suite de l'ordalie et du combat judiciaire, quand on voulut obtenir des preuves de la bouche même de l'accusé [1]. Lorsque la voix de l'humanité et de la raison s'était fait entendre à toutes les époques, pour réclamer contre l'usage de la torture, on regrette que Leibnitz n'ait pas fourni l'autorité de son nom à ceux qui défendaient une cause aussi juste. Loin d'improuver ce procédé, il en admet l'emploi dans deux cas : le premier cas est celui où la culpabilité de l'accusé, qui n'a pas fait des aveux, est établie par des preuves qui sont suffisantes, d'après les règles qu'on croyait alors pouvoir induire du droit romain. On le soumettra à la torture pour arracher son aveu, sans lequel il ne pourrait être condamné selon les principes du droit criminel allemand : *Quia in causa criminali, nemo condemnatur nisi confessus, ad confessionem igitur cogendus est qui criminis convictus est* [2]. Le second cas est celui où l'accusé convaincu invoque une exception qu'il ne justifie pas suffisamment : *Ille etiam torqueri debet, qui exceptionem suam probare non potest, quia qui in civilibus exceptionem probare non potest, condemnatur.*

[1] Lorsque l'ordalie et le combat judiciaire eurent fait leur temps et furent à leur déclin, on voulut obtenir la vérité de l'accusé lui-même, et on admit, dans certains pays, en principe, que son aveu serait nécessaire pour la condamnation. Il fallut dès lors trouver un moyen pour obtenir cet aveu, et on dut naturellement recourir à la torture qu'offraient les lois romaines. On la voit apparaître dans la législation française dans une ordonnance de Louis IX pour la réformation des mœurs dans le Languedoc, de l'année 1254, et il est à remarquer que la disposition qui la concerne a pour objet d'en limiter l'emploi. « Personas autem honestas et bonæ famæ, etiam si sint pauperes, ad dictum testis unici, subdi tormentis, seu quæstionibus inhibendum, ne hoc metu, vel confiteri factum, vel suam vexationem redimere compellantur. » (Isambert, *Anciennes lois françaises*, t. I, p. 270.)

[2] *Nova methodus*, lib. II, § 26 (recueil de Dutens, t. IV, p. 150).

Digitized by Google

Cette théorie étroite, qui pouvait sans doute être justifiée au point de vue de la procédure et de la pratique judiciaire de l'époque, dépare l'écrit du philosophe[1]. Plus tard, dans une lettre adressée à Bossuet, Leibnitz disait encore : « Rien n'est sujet à de plus graves abus que la torture des criminels; cependant on aurait bien de la peine à s'en passer entièrement[2].» On émettait d'autres idées dans les conseils de Louis XIV. Le sévère Pussort disait au sein de la commission chargée d'examiner le projet de l'ordonnance criminelle de 1670 : « que la question préparatoire lui avait toujours semblé inutile; et que si l'on voulait ôter la prévention d'un usage ancien, l'on trouverait qu'il est rare qu'elle ait tiré la vérité de la bouche d'un condamné. » Le premier président de Lamoignon répondait : « qu'il voyait de grandes raisons pour l'ôter; mais qu'il n'avait que son sentiment particulier[3]. » On voit par ces observations qu'il tient à bien peu que cette pratique odieuse ne disparût alors de notre législation française. Il est, du reste, à remarquer qu'elle était profondément enracinée dans la pratique judiciaire des pays du Nord, et qu'après y avoir été supprimée,

[1] Remarquons qu'un contemporain de Leibnitz, Augustin Nicolas, conseiller au parlement de Bourgogne, publiait en 1682 son livre intitulé : *Si la torture est un moyen sûr de vérifier les crimes.* On y trouve une éloquente et savante protestation contre cette institution, qui offensait à la fois la raison et la dignité humaine.

[2] Recueil de Dutens, t. I, p. 325.

Leibnitz accepte assez généralement les règles admises par les praticiens de son époque. On peut remarquer en quels termes il s'exprime sur la théorie des preuves, dans ses *Nouveaux essais sur l'entendement humain*, au chapitre 16 du livre IV : « Les jurisconsultes, dit-il, en traitant des preuves, présomptions, conjectures et indices, ont dit quantité de bonnes choses sur ce sujet, et sont allés à quelques détails considérables..... En matière criminelle, il y a des indices *ad torturam* pour aller à la question, laquelle a elle-même ses degrés marqués par les formules de l'arrêt; il y a des indices *ad terrendum* suffisants à montrer les instruments de la torture, et préparant les choses comme si l'on y voulait venir. Il y en a *ad capturam*, pour s'assurer d'un homme suspect; *ad inquirendum*, pour informer sous main et sans bruit. Et ces différences peuvent encore servir en d'autres occasions proportionnelles : et toute *la forme des procédures* en justice n'est autre chose, en effet, qu'une *logique* appliquée aux questions de droit. » (P. 482, 483 de l'édition publiée par M. Jacques.)

[3] *Procès-verbal de l'examen des articles de l'ordonnance du mois d'août* 1670, p. 224.

Digitized by Google

elle s'y était encore reproduite de nos jours sous une autre dénomination [1].

Hâtons-nous de dire que Leibnitz, sur d'autres points, ne fait pas les mêmes concessions aux idées de son temps. A une époque qui n'était pas très-éloignée de celle à laquelle Jean Bodin avait publié sa Démonomanie (1581) et lorsqu'on instruisait encore en Europe des procès contre les sorciers, Leibnitz ne craignit pas de donner hautement son approbation au livre du savant jésuite Spée, sur la sorcellerie, qui parut sans nom d'auteur sous le titre de : *Cautio criminalis circa processus contra sagas.* Il en parle avec éloge dans ses essais de théodicée et dans une lettre écrite en français dont un fragment a été publié par Dutens [2].

[1] *La peine de la désobéissance.* — Voir Meyer, *Esprit, origine et progrès des institutions judiciaires des principaux pays de l'Europe*, t. III, p. 297 et suiv.; t. IV, p. 257 et suiv. — En admettant en principe qu'il y a obligation pour l'accusé de déclarer ce qu'il sait, même lorsque ses aveux vont établir la preuve de son crime, on lui fait infliger un châtiment corporel si ses réponses vagues, incomplètes et contradictoires, témoignent qu'il enfreint cette obligation de déclarer la vérité.

M. Rossi cite à ce sujet le Code du canton du Tessin, en Suisse, du 15 juillet 1816, dans lequel on lit les dispositions suivantes :

Art. 143. « Toutefois, si l'accusé persiste avec opiniâtreté dans ses négations, dans ses contradictions ou dans son silence malicieux, le juge instructeur pourra ordonner qu'il soit enfermé dans un cachot plus étroit, qu'il soit chargé de lourdes chaînes et nourri au pain et à l'eau pendant un mois, pourvu que ce régime soit interrompu de manière qu'il ne dure pas plus de quinze jours continus, et qu'on évite toute atteinte grave à la santé du prévenu. — Si cette épreuve est inutile, le juge instructeur, avec le consentement du tribunal, déclarera au prévenu qu'en punition de son opiniâtreté, le tribunal a ordonné l'emploi de moyens plus sévères, sur quoi le secrétaire donnera lecture de l'article 114 du présent Code.

» *Art.* 114. Si, après cette déclaration, le prévenu persiste dans son opiniâtreté, il recevra, sur l'ordre du juge instructeur, vingt-cinq coups de nerf de bœuf sur le dos à nu, et le nombre des coups sera doublé s'il persiste encore, etc., etc. » (M. Rossi, *Traité de droit pénal*, t. I, p. 72.)

[2] Au tome IV, page 284. — Voici ce que Leibnitz rapporte dans cette lettre : « L'électeur (de Mayence) me conta que ce bon père (Spée) lui avait avoué d'avoir accompagné au feu un nombre grandissime de prétendus criminels en qualité de confesseur, qu'il les avait tournés de toute manière pour découvrir la vérité, mais qu'il ne pouvait point dire d'en avoir trouvé aucun dont il eût sujet de croire qu'il eût été véritablement sorcier. »

Frédéric de Spée ou Spé, jésuite, était un homme très-éclairé, plein de dévouement pour le soulagement de toutes les souffrances, et dont la mémoire était vénérée en Allemagne.

Digitized by Google

Ce livre de Spée, qui fut traduit dans plusieurs langues[1], et dont Bekker parle avantageusement dans son monde enchanté (1691), contribua à discréditer les procès de sorcellerie. Leibnitz rapporte que l'évêque de Mayence et le duc de Brunswick firent cesser dans leurs États, les tristes exécutions auxquelles ces sortes d'affaires avaient donné lieu, et que leur exemple fut, en cela, imité par d'autres princes allemands[2].

Ces résultats démontrent toute l'importance d'une critique équitable pour la réforme des lois et des mœurs judiciaires. Il est à regretter que Leibnitz ne se soit pas toujours ainsi placé au-dessus des préjugés de son époque. Nous avons encore à improuver un jugement qu'il porte sur un fait historique très-connu. Ce sera la dernière de nos observations. Il convient d'abord de relater les principes auxquels le fait dont nous avons à parler se rattache. — Leibnitz admet sans restriction, dans son *Traité des droits de souveraineté et d'ambassade des princes allemands*, l'inviolabilité des ministres publics et

[1] Il fut publié en français sous ce titre : *Avis aux criminalistes sur les abus qui se glissent dans les procès de sorcellerie*, par F. B. DE VILLEDOR; Lyon, 1660, in-8. Ce traducteur pseudonyme est un médecin de Besançon appelé FERDINAND BOUVOT. Besançon avait reçu vers le XIe siècle le nom de *Chrysopolis*, ville d'or.

[2] *Tentamina Theodiceæ* (*apud* Dutens, t. I. p. 187).

A partir de la fin du XVIIe siècle et du commencement du XVIIIe, les procès pour sorcellerie, antérieurement si fréquents, devinrent plus rares. La croyance au pouvoir surnaturel qu'on attribuait aux sorciers s'affaiblit; on ne les punit plus qu'à raison des abus qu'ils commettaient en exploitant la crédulité superstitieuse du public, et à raison des pratiques coupables et impies dont ils se servaient pour l'exécution de leurs opérations de magie. Tel est l'esprit de l'ordonnance de Louis XIV, du mois de juillet 1682, pour la punition des empoisonneurs, devins et autres.

Serres, professeur distingué de droit à la Faculté de Montpellier, rapporte dans ses *Institutes de droit français*, publiées en 1753, un arrêt du parlement de Toulouse rendu en la chambre de la Tournelle, vers l'année 1702, en la cause d'un laboureur poursuivi pour sortilége, et accusé notamment d'avoir fossoyé en un jour plus de terrain que trois hommes n'auraient pu en travailler, et pour avoir donné du mal ou ensorcelé des enfants et des bestiaux qui étaient morts. « Le parlement le mit hors de cour et de procès, dit Serres. Cet homme avouait l'accusation; il ajoutait qu'à l'égard du fossoiement, il n'y avait eu de sa part que beaucoup de diligence, et qu'à l'égard des enfants et des bestiaux, il les avait fait mourir pour certains mécontentements qu'il avait reçus des parents ou des propriétaires, dont il expliquait bien ou mal le sujet. Mais il ne fut regardé que comme un homme qui avait l'esprit troublé. » (*Instit. du droit français*, liv. IV, t. IV, p. 607.)

Digitized by Google

même des simples parlementaires. Il maintient aussi que le ministre public investi d'un caractère représentatif et accrédité près d'une nation étrangère, n'est pas justiciable des tribunaux du pays où il accomplit sa mission, et ne peut avoir d'autres juges que ceux de sa propre patrie. Il étend ce privilége aux gens de la suite des ambassadeurs et des souverains qui se trouvent en pays étranger. Il accorde sur eux une juridiction à leurs maîtres à raison des délits qu'ils pourront commettre. Ces doctrines sont conformes aux usages internationaux de son époque.

L'exposition de ces principes l'amène à parler du drame dont le palais de Fontainebleau fut le théâtre en l'année 1657, pendant le séjour qu'y fit la reine Christine de Suède après son abdication. Il n'y trouve rien de contraire aux usages internationaux et qui ne soit pas autorisé par le droit de souveraineté. « La reine Christine, dit-il, n'abusa pas de son droit, lorsqu'elle fit exécuter la sentence de mort qu'elle avait portée contre le marquis de *Monaldeschi*. Il est, en effet, facile de comprendre que cette affaire était d'une nature telle qu'elle n'eût pu être portée sans inconvénient devant d'autres juges. Il eût été ridicule d'exiger que cette reine eût soumis au jugement d'autrui ce qu'elle n'eût pu lui déférer sans un oubli de sa propre dignité. Si les Français parurent improuver cette manière d'agir, c'est je pense parce que Christine était peu en faveur à la Cour. Il y avait aussi à prendre en considération le lieu dans lequel le meurtre avait été accompli, car ce lieu méritait du respect. C'est je crois la seule chose qui pût être objectée à la reine, mais la nécessité d'exercer une prompte vengeance, pouvait peut-être suffire pour l'absoudre[1]. »

Tout en admettant, avec quelques réserves, les principes de droit public exposés par Leibnitz, je regrette qu'il ait eu recours à cet acte sanglant de la reine de Suède, pour en montrer l'application. Je crois apercevoir le courtisan sous l'habit du philosophe, lorsqu'il improuve le juste blâme dont ce meurtre fut l'objet en France. La raison d'État pouvait en pareil cas avoir de la valeur, même à l'égard d'une reine qui avait ab-

[1] « Accedebat loci conditio, in quo cædes facta erat, huic enim aliqua certe reverentia debebatur. Idque unum credo Reginæ exprobrari potuisse, quam tamen forte necessitas festinandæ ultionis absolvit. (*Tractatus de jure suprematus ac legationum principum Germaniæ*, apud Dutens, t. IV, p. 348.)

Digitized by Google

diqué, pour qu'on s'abstînt, comme on le fit, d'une poursuite; mais tenter de justifier l'acte en lui-même, c'est certainement s'écarter de cet esprit de modération et de justice qui doit caractériser une intelligence supérieure et qu'on rencontre en général dans les écrits de Leibnitz [1].

III.

Il ne reste plus, pour terminer cette notice, qu'à rechercher quelle a pu être l'influence des écrits juridiques de Leibnitz sur les progrès de la science du droit. — Il est à regretter qu'un esprit aussi profond ne nous ait pas donné ce traité de droit naturel, qui selon lui était encore à faire et qui devait être d'une grande utilité pour les études [2]. Il n'a touché que quelques points fondamentaux du droit philosophique, mais lorsqu'il s'en est occupé, il l'a fait, nous l'avons vu, avec une grande élévation de pensée. C'est sur le terrain du droit positif qu'il s'est principalement placé. Il vivait à une époque où les grands travaux de Dumoulin, de Cujas, de Doneau avaient, en France, élevé bien haut la science. Elle avait moins progressé en Allemagne, et c'est ce qui explique pourquoi Leibnitz, après avoir fait d'immenses lectures, n'aboutit à proposer pour toute réforme, qu'un classement méthodique des documents qui existaient et qui pouvaient avoir une utilité pratique. S'il est hardi en philosophie, il n'est pas novateur dans l'application et il accepte facilement, sous l'inspiration de ses doctrines optimistes, la législation existante. Rien n'est pour lui supérieur au droit romain et il donne de grands éloges aux ouvrages de quelques jurisconsultes de son époque qui ont sans doute du mérite comme praticiens, mais qui ne s'élèvent pas à une grande hauteur dans le champ des théories. Ce qui est propre

[1] Voir, pour des détails, les *Mémoires* de VICQUEFORT, p. 57 de la 2e édition. — BINKERSHOEK, *Du juge compétent des ambassadeurs*, au chapitre 3 et à la page 36 de la traduction française de Barbayrac.

[2] « Optarem tamen extare aliquid firmius et efficacius, quod lucidas fæcundasque definitiones exhibeat, quod ex rectis principiis conclusiones veluti filo deducat, quod fundamenta actionum exceptionumque natura validarum omnium ordine constituat, quod denique scientiæ alumnis certam rationem præbeat prætermissa supplendi, oblatasque quæstiones per se decidendi, determinata quadam via. Hæc enim a scientia absoluta et rite tradita expectari debent. » (*Monita quædam ad S. Puffendorfii principia*, apud Dutens, t. IV, p. 275.)

Digitized by Google

à Leibnitz, c'est ce vaste coup d'œil qu'il étend sur toutes les parties de la science pour les saisir, pour les rattacher méthodiquement les unes aux autres, et pour les montrer dans leur ensemble. Sa *Nova Methodus discendæ docendæque jurisprudentiæ* est une belle généralisation du droit qui a fourni le modèle des abrégés encyclopédiques qu'on a depuis rédigés.

Ce sont les travaux de Leibnitz sur le droit public qui ajoutent à sa haute renommée comme mathématicien et comme philosophe, la gloire d'être aussi compté parmi les profonds jurisconsultes. Il a continué avec fruit l'œuvre de Grotius et il a vivifié les travaux d'une école dans laquelle il a eu pour disciples *Chrétien* Wolf, de Watel et d'autres publicistes qui l'ont fécondée. Grotius avait tracé, à l'aide des lumières de la raison, et en s'appuyant sur l'autorité des philosophes, des historiens et même des poëtes, les règles qui doivent régir les nations dans leurs rapports entre elles, en les envisageant comme des corps politiques. Leibnitz sut compléter cette œuvre et la faire encore plus pénétrer dans les rapports internationaux, en réunissant, pour en former un code, les règles du droit des gens positif tel qu'il était établi par les traités. Son *Codex diplomaticus* n'est sans doute qu'une compilation, mais c'était faire beaucoup, pour substituer à l'arbitraire l'empire du droit, que de rassembler ces traités internationaux qui pouvaient servir à le constater. La voie qu'il ouvrait a frayé le chemin à l'étude du droit public pratique qui n'a cessé d'être suivie depuis.

On a dit, à tort, que tout autre que Leibnitz eût pu aussi heureusement exécuter un semblable travail. Il fallait d'abord en concevoir l'idée et en faire ressortir la portée. On avait ensuite à se procurer, dans les chancelleries de l'Europe, d'immenses documents qu'il fallait apprécier, réunir et coordonner. La position scientifique de *Leibnitz*, à laquelle il devait des rapports avec tous les pays, pouvait seule procurer les moyens d'obtenir et de soumettre, à un examen sûr, les matériaux d'une œuvre semblable qui avait encore besoin d'acquérir de l'autorité par le nom de celui qui en était l'ordonnateur[1]. On doit

[1] On voit par une lettre qu'il écrivait en 1667 à M. Greiffencranz, envoyé du prince d'Ostfrise à Vienne, combien Leibnitz se donnait de soins pour recueillir les documents dont il composait son *Codex diplomaticus*. Il s'était procuré en France des papiers provenant du cardinal de Granvelle, ministre

Digitized by Google

donc de la reconnaissance au grand mathématicien et au profond philosophe pour avoir entrepris et exécuté une œuvre utile en rédigeant un recueil de droit international pratique, se composant des conventions et des traités diplomatiques des temps passés. Cette œuvre a eu, depuis, de savants continuateurs.

En parcourant ces divers travaux juridiques de Leibnitz assez nombreux, et qui offrent l'une des parties de ses écrits qui n'est pas la moins utile, il m'a paru qu'il pouvait être convenable d'en faire l'objet de cette notice. Le temps n'a porté aucune atteinte à la position que Leibnitz occupe et occupera toujours dans l'histoire de la pensée humaine. De nos jours, l'Allemagne voue à la mémoire de son grand philosophe un culte pieux auquel la France s'associe. Un des hommes distingués de notre époque, et adonné à la philosophie, vient de recueillir à Hanovre et de publier à Paris, des travaux jusqu'à ce jour inédits, de Leibnitz, en les accompagnant de plusieurs savantes dissertations propres à en faire ressortir la valeur[1]. Les théories de l'illustre allemand du XVIIe siècle trouvent aussi parmi nous, au XIXe, des interprètes savants et habiles dans nos chaires de philosophie[2]. Il m'a semblé que les travaux juridiques de cet esprit si sage et si judicieux étaient peut-être un peu trop délaissés, et méritaient d'être aussi rappelés. En les parcourant, j'ai dû apporter à mon examen cette sincérité qu'inspire l'amour de la vérité et qui fait une juste part à la critique. La renommée de Leibnitz est assez grande pour qu'on puisse le montrer tel qu'il est, sans dissimuler quelques-unes de ces légères défaillances qu'on rencontre chez tous les hommes de génie.

On a tenté d'attribuer à Leibnitz des opinions intimes et secrètes, différentes de celles qu'il manifestait dans ses écrits[3].

de Charles-Quint et de Philippe II, et il apportait l'attention la plus scrupuleuse au choix des pièces qu'il publiait. (DUTENS, t. IV, p. 270.)

[1] *Lettres et opuscules inédits de Leibnitz, précédés d'une introduction*, par A. FOUCHER DE CAREIL. Paris, 1854.

Réfutation inédite de Spinoza par Leibnitz, précédée d'un mémoire, par le même. Paris, 1854.

Nouvelles lettres et opuscules inédits de Leibnitz, précédés d'une introduction par le même auteur. Paris, 1857.

[2] *Tableau des progrès de la pensée humaine depuis Thalès jusqu'à Leibnitz*, par M. NOURRISSON.

[3] Voir le *Dictionnaire des sciences philosophiques*, à l'article LEIBNITZ, p. 541 et 542.

Digitized by Google

Mais de pareilles conjectures, lors même qu'elles seraient basées sur quelques confidences intimes et équivoques du philosophe, ne peuvent être sérieuses et doivent disparaître devant l'ensemble de ses œuvres et devant les actes de toute sa vie. Tout ce qu'il dit sur la religion, la philosophie et le droit, porte le caractère d'une conviction profonde.

C'est aussi, à notre avis, à tort qu'on voudrait imputer à Leibnitz quelques tendances, en politique, vers l'utopie, à raison de ses sympathies pour Hobbes [1]. Il y a la plus complète opposition entre ses idées et la direction socialiste de celles de Thomas Morus, de Campanella; et quant au philosophe de Malmesbury, il est peut-être peu exact de le mettre au nombre des utopistes. Dans le champ des sciences sociales, Leibnitz, loin de se placer dans l'idéal, se tient toujours dans la réalité; si nous avons eu à adresser quelques reproches à ses travaux juridiques, c'est celui de s'y montrer toujours enchaîné aux données de la pratique.

Sans doute il lui est arrivé, en portant ses regards sur la direction des esprits au temps où il vivait, d'entrevoir dans l'avenir une transformation sociale et de prédire des révolutions qui se sont depuis réalisées; mais il n'y a, dans cette intuition enfantée par la puissance du raisonnement, qu'une manifestation de la profondeur de son intelligence. Terminons en citant textuellement le passage curieux qu'on rencontre dans ses *Nouveaux essais sur l'entendement humain*, qui contiennent, comme on le sait, une réfutation du sensualisme de Locke. Il s'y plaint des mœurs publiques de son époque et des doctrines égoïstes qui pénètrent dans les esprits pour y étouffer les sentiments généreux et le dévouement pour le pays dont *les Grecs et les Romains* nous ont légué de si beaux exemples. « On se moque hautement, dit-il, de l'amour de la patrie; on tourne en ridicule ceux qui ont soin du public; et quand quelque homme, bien intentionné, parle de ce que deviendra la postérité, on répond : Alors comme alors. Mais il pourra arriver à ces personnes d'éprouver elles-mêmes les maux qu'elles croient réservés à d'autres. Si l'on se corrige encore de cette maladie d'esprit épidémique, dont les mauvais effets commencent à

[1] Voir M. Foucher de Careil, *Nouvelles lettres et opuscules de Leibnitz*, p. xliii et suiv. de l'introduction.

Digitized by Google

être visibles, ces maux peut-être seront prévenus; mais si elle va croissant, la Providence corrigera les hommes par la révolution même qui en doit naître; car, quoi qu'il puisse arriver, tout tournera toujours pour le mieux en général, au bout du compte, quoique cela ne doive et ne puisse pas arriver, sans le châtiment de ceux qui ont contribué, même au bien, par leurs actions mauvaises[1]. » VICTOR MOLINIER.

BIBLIOGRAPHIE.

COURS DE CODE PÉNAL ET LEÇONS DE LÉGISLATION CRIMINELLE,

Ou RÉPÉTITIONS ÉCRITES SUR LE DROIT CRIMINEL; par A. BERTAULD, professeur à la Faculté de droit de Caen.— *Deuxième édition*, revue et augmentée.

Compte rendu par M. COIN-DELISLE, avocat à la Cour impériale de Paris.

La *Revue critique* contient dans la livraison de juillet dernier (t. XII, p. 76), un excellent article de M. V. Molinier sur la première édition du *Cours de droit pénal*, et des *Leçons de législation criminelle* de M. Bertauld. Nous invitons le lecteur à lire de nouveau cette analyse rapidement tracée par un maître : il y trouvera la substance de ces ouvrages, l'esprit qui a dirigé M. Bertauld dans ses leçons, les difficultés que l'auteur avait à surmonter, la méthode et l'art qui l'ont aidé dans ce labeur. Quelquefois le savant professeur de Toulouse diffère d'opinion avec M. Bertauld; mais partout il se complaît à louer la science, la méthode, l'élévation des vues, et l'interprétation logique qui règnent dans l'œuvre de M. Bertauld.

La *Revue* ignorait alors qu'une seconde édition fût sous presse; et pour moi, je me trouve appelé à profiter des causes *purement physiques* qui ont retardé l'impression de l'article de M. Molinier. Pourquoi en effet, refaire une analyse essentielle et parfaite qui, s'appliquant au fonds et à la méthode, convient

[1] *Nouveaux essais sur l'entendement humain*, liv. IV, chap. 16, p. 480 de l'édition publiée par M. JACQUES.

Digitized by Google

aussi bien à la seconde édition qu'à la première, surtout quand l'auteur de cette analyse est évidemment, par ses travaux habituels, par ses études spéciales et par ses talents, juge plus compétent que moi-même ? Je dois donc modestement me borner à annoncer ici une seconde édition.

Mais en même temps, je dois dire que cette seconde édition n'est pas une réimpression; elle est *revue et augmentée*. M. Bertauld a trop de respect pour le public, trop d'amour pour la science, trop de soin pour sa réputation, pour n'y avoir pas retouché ce qui en était susceptible. A la vérité, il a conservé à son ouvrage son caractère de leçons de droit criminel et pénal ; mais il ne s'est pas borné à réunir ses deux volumes. Son livre n'est plus de 1853 ou 1854; il est vraiment de 1858; et l'auteur y a tenu compte des travaux législatifs de cinq années : ses leçons sont telles qu'elles devraient être prononcées *actuellement*, s'il n'eût pas été chargé d'une autre branche dans l'enseignement du droit français. Lors de la première édition, ne faisait que paraître la loi des 2-31 mai 1854, qui abolit la mort civile, plus tard sont venus les Codes de justice militaire ; depuis cette première édition, M. Bertauld lui-même a publié des monographies sur les matières criminelles, que M. Molinier a appréciées. (*V. Revue critique, t. XII. p.* 90). Tout a trouvé place ici, et de plus, une *vingt-septième* leçon sur une matière que l'auteur n'avait pas encore abordée : l'*extradition*. Ainsi, cette seconde édition est aujourd'hui même le travail d'ensemble le plus complet, dans un cadre étroit, sur la partie du droit criminel qui fait l'objet de l'enseignement dans les facultés, en même temps qu'on y trouve les solutions des hautes et vastes questions que fait naître cette branche si élevée, si utile et si négligée de notre législation française.

COIN-DELISLE.

Digitized by Google

EXAMEN DOCTRINAL

De la Jurisprudence en matière civile.

Par M. Sévin, avocat général à la Cour de cassation.

EXPROPRIATION POUR UTILITÉ PUBLIQUE. — DROITS DES SOUS-LOCATAIRES.

La Cour de cassation, chambre civile, vient de rendre, après deux jours de délibéré, un arrêt notable sur lequel nous croyons utile d'appeler l'attention du public judiciaire. En fait, et par le résultat de cet arrêt, de nombreux sous-locataires se sont trouvés privés de toute indemnité, bien que tout le monde reconnût qu'ils avaient pu éprouver de graves préjudices par l'expropriation de l'immeuble qu'ils occupaient. En droit, une lacune a été signalée dans la loi de 1841, et la Cour de cassation nous paraît avoir voulu la combler. Ce sont là des questions sérieuses, et sur lesquelles il est bon que chacun soit bien éclairé.

Il s'agissait, au procès, de l'expropriation d'une maison située à Lyon, nécessaire à l'ouverture de la rue Impériale.

Les parties intéressées étaient : le propriétaire, un locataire principal et quinze sous-locataires.

Le jugement prononçant l'expropriation fut notifié au propriétaire, conformément à l'article 15 de la loi du 3 mai 1841.

Dans la huitaine de cette notification, le propriétaire, pour se conformer à l'article 21 de la même loi, fit connaître à l'administration le nom de son principal locataire : celui-ci ne reçut aucune notification.

Cependant, inquiet de sa position vis-à-vis des sous-locataires, et informé, comme tout le monde, de l'expropriation, le principal locataire crut devoir prendre l'initiative vis-à-vis de l'administration, et lui notifier les noms de ses quinze sous-locataires. — A cela l'administration répond qu'il est trop tard; qu'elle ne doit avoir égard (art. 23), qu'elle ne doit d'offres d'indemnité qu'aux propriétaires et autres intéressés qui lui ont été désignés ou qui sont intervenus dans le délai fixé par l'article 21; que ce délai est expiré; qu'en conséquence, elle n'appellera devant le jury d'expropriation aucun des prétendus sous-locataires.

Digitized by Google

En effet, le jury d'expropriation est convoqué : l'administration n'y appelle que le propriétaire et le principal locataire. Quelques-uns des sous-locataires se présentent (peut-être tous, le fait est resté douteux), mais leur intervention est repoussée en vertu des articles 21 et 23 de la loi.

De là le procès. Les sous-locataires s'adressent au propriétaire et au principal locataire, et demandent qu'ils soient déclarés, l'un ou l'autre, responsables envers eux de l'indemnité qu'ils n'ont pu obtenir du jury.

Sur cette instance, deux arrêts, formellement opposés l'un à l'autre, sont rendus par deux chambres différentes de la Cour de Lyon.

Par le premier, les sous-locataires sont déboutés de leur action, tant contre le propriétaire que contre le principal locataire : ni l'un ni l'autre n'ont commis de faute, n'ont encouru de responsabilité. L'arrêt s'occupe plus particulièrement du principal locataire, et constate, outre les motifs de droit qui doivent le faire exonérer, que l'indemnité qu'il a reçue lui a été allouée uniquement pour le préjudice personnel qu'il a éprouvé; que rien, dans cette indemnité, ne doit tourner au profit de ses sous-locataires.

Le second arrêt juge, au contraire, sans entrer dans l'examen des moyens de droit sur la responsabilité du principal locataire, que celui-ci a accepté cette responsabilité; qu'il s'est présenté devant le jury tant en son nom qu'en celui des sous-locataires; que l'indemnité qu'il a reçue comprend celle à laquelle ils avaient droit; en conséquence, il est condamné à leur en donner une portion [1].

Pourvoi par le principal locataire contre ce second arrêt.

Pourvoi des sous-locataires contre le premier.

Nous n'avons pas à nous occuper du second arrêt. Il a été cassé, non par les motifs de droit qui donnent tant d'intérêt au premier pourvoi, mais pour une fausse appréciation de divers actes judiciaires où la Cour de Lyon avait cru voir la preuve que le principal locataire avait accepté la responsabilité invoquée contre lui, et avait obtenu une indemnité pour le compte de ses

[1] Ces deux arrêts sont rapportés S. V., 57, 2, 537, mais ils ne sont pas complets : on a omis, notamment, ce qui est relatif à l'action en responsabilité formée contre le propriétaire.

Digitized by Google

sous-locataires. Cette appréciation, que la Cour de cassation a cru pouvoir reviser, ne soulevait pas de question bien délicate. Il est certain que, quelle que soit la marche suivie dans la procédure, si une partie se trouve recevoir indemnité pour le préjudice éprouvé par une autre, elle doit en tenir compte. Cela ne peut souffrir difficulté.

Ce qui, au contraire, paraît soulever des questions sérieuses, c'est le pourvoi formé contre le premier arrêt.

Système des sous-locataires. — Nous ne pouvons, disent-ils, être privés d'indemnité, nous dépossédés, déplacés, troublés dans notre commerce par une expropriation pour utilité publique. Si, sans aucune faute de notre part, nous sommes repoussés par le jury, il faut que quelqu'un soit en faute vis-à-vis de nous, soit par conséquent responsable envers nous, car la loi a dû pourvoir à tous les intérêts, les sauvegarder tous.

L'article 21 de la loi de 1841 est le siége de la difficulté; il est ainsi conçu :

« Dans la huitaine qui suit la notification prescrite par l'ar-
» ticle 15 (notification du jugement d'expropriation), le propriétaire est tenu d'appeler et de faire connaître à l'administration
» les fermiers, locataires, ceux qui ont des droits d'usufruit,
» d'habitation ou d'usage, tels qu'ils sont réglés par le Code civil, et ceux qui peuvent réclamer des servitudes résultant des
» titres mêmes du propriétaire ou d'autres actes dans lesquels
» il serait intervenu; sinon, il restera seul chargé envers eux
» des indemnités que ces derniers pourront réclamer.

» Les autres intéressés seront en demeure de faire valoir leurs
» droits par l'avertissement énoncé en l'article 6, et tenus de se
» faire connaître à l'administration dans le même délai de huitaine; à défaut de quoi ils seront déchus de tous droits à l'indemnité. »

Or nous ne sommes pas, nous sous-locataires, de ces *autres intéressés* dont parle la seconde partie de l'article 21. Les sous-locataires sont des locataires : ils sont dans la première partie de l'article; leurs noms doivent être portés à la connaissance de l'administration, mais par qui?

Par le propriétaire? Oui, sans doute. S'il n'a pas traité directement avec eux, il existe cependant, de lui à eux, des liens de droit incontestables. Le propriétaire qui n'a pas interdit de

Digitized by Google

sous-louer sait qu'il a pu être fait des sous-locations : il sait qu'il a action contre les sous-locataires, action directe même, pour le payement de leurs loyers; il a privilége sur leurs meubles; il saura bien les trouver pour les poursuivre : qu'il s'inquiète aussi de les trouver, de les connaître pour leur procurer indemnité pour la privation de cette jouissance qu'ils tiennent de lui, médiatement au moins.

Dans le système de la loi, le propriétaire est le seul qui reçoive une notification, qui soit mis en demeure de faire connaître les ayants droit à la jouissance de sa chose. Pour cela il a un délai, un délai très-court sans doute, mais enfin un délai : qu'il en use, qu'il s'informe s'il ne sait pas, cela lui est très-facile. S'il ne fait rien, s'il se borne à indiquer le locataire principal, lorsqu'il sait qu'il a permis les sous-locations, lorsqu'il peut savoir, à la seule inspection des lieux, qu'il y a en effet des sous-locataires, il est en faute, il est responsable.

Mais si ce n'est pas lui, ce sera au moins le principal locataire. Celui-ci ne peut pas dire qu'il ne connaît pas les sous-locataires : il a traité avec eux directement; c'est de lui qu'ils tiennent leurs droits, leur jouissance; il leur doit garantir cette jouissance, jouissance effective et réelle, tant que l'immeuble est là, tel qu'il a été l'objet du contrat; jouissance transformée, transportée sur l'indemnité qui sera allouée en cas d'expropriation. Il doit donc, lui le principal locataire, qui est un propriétaire pour ses sous-locataires, il doit, ou les mettre à même de réclamer dans les délais utiles, ou réclamer pour eux, comme étant leur garant. S'il ne le fait pas, il est en faute, il est responsable.

Répondre aux sous-locataires qu'ils sont eux-mêmes en faute, qu'ils devaient se présenter sans avertissement, sans mise en demeure, dans le délai de huitaine fixé par l'article 21, c'est méconnaître l'économie de la loi; c'est ranger les sous-locataires dans la seconde partie de l'article 21, tandis qu'ils sont évidemment dans le première : il suffit, pour s'en convaincre, de comparer les rédactions successives de cet article dans les lois de 1810, de 1833 et de 1841. — Dans la loi de 1810, la seconde partie de l'article 21 (alors article 18) n'existait pas : on ne devait appeler à l'expropriation que les *usufruitiers*, *fermiers ou locataires*. Est-il douteux que les sous-locataires fussent compris dans ces tiers intéressés? Pourrait-on soutenir

Digitized by Google

qu'ils n'avaient pas droit à une indemnité, pas droit à être appelés en cause?

Quand la loi de 1833, copiée en cela par celle de 1841, a parlé *d'autres intéressés*, ce n'est donc pas des sous-locataires qu'elle a voulu parler : ils étaient dans la loi auparavant. On a voulu, la discussion en fait foi, pourvoir aux intérêts des usagers (en matière forestière : les usages régis par le Code civil sont dans la loi) ; des propriétaires autres que ceux révélés par la matrice cadastrale ; des ayants droit à des servitudes procédant d'autres titres que ceux passés avec le propriétaire..... Mais jamais on n'a eu la pensée de reléguer parmi ces ayants droit *inconnus*, auxquels il faut bien laisser le droit de se faire connaître, des ayants droit aussi *connus* que des sous-locataires occupant les lieux en vertu de baux authentiques, légaux, obligatoires pour tous, pour le propriétaire, pour le principal locataire, comme pour eux-mêmes.

Quelle condition ferait-on ainsi aux sous-locataires? Ils seraient déchus du droit à toute indemnité faute par eux de se faire connaître dans un délai fatal de huitaine. Et ce délai courrait à partir d'un acte qu'ils ne connaissent pas, d'une notification faite au propriétaire, d'une notification que personne n'est tenu de leur faire connaître !

Et pourtant, quelle position plus intéressante que la leur? quelles indemnités mieux méritées? Le propriétaire, lui, n'a rien à craindre : toutes les prévisions de la loi sont pour lui ; il reçoit avertissement sur avertissement ; il perd un revenu immobilier, il reçoit un capital mobilier qui lui rapportera davantage. Le principal locataire risque bien peu aussi : la propriété détruite, il n'aura plus de loyer à payer ; si l'expropriation n'est que partielle, il obtiendra une diminution de loyer ; il n'a intérêt à une indemnité que pour obtenir le bénéfice de sa spéculation, la différence entre le loyer qu'il paye et celui qu'il reçoit. Pour garantie de ce bénéfice, il est mis en cause, reçoit des offres de la part de l'administration, les discute devant le jury, et obtient une juste indemnité. Mais les sous-locataires, ceux qui occupent les lieux, qui y ont fait des frais d'établissement, qui y ont fondé des industries, lié des relations de commerce et de clientèle, ceux-là, personne ne sera tenu de songer à eux, personne ne leur devra d'avertissement, de notification ; et si par hasard ils se présentent d'eux-mêmes,

Digitized by Google

ils devront le faire dans un délai fatal, dans la huitaine d'une signification faite à autrui, dans la huitaine d'un acte qui leur est étranger!

Est-il possible d'entendre la loi dans ce sens?

Tels étaient les arguments des sous-locataires.

Réponse du propriétaire. — Il ne s'agit pas, disait le propriétaire, de savoir si les sous-locataires avaient droit à une indemnité, mais si j'ai commis une faute quelconque qui me rende responsable vis-à-vis d'eux. Pas de faute, pas de responsabilité : or quelle faute aurais-je commise qui me rendrait passible d'une responsabilité aussi lourde, qui mettrait à ma charge (art. 21), toutes les indemnités dues à quinze sous-locataires, pour le déplacement de leur commerce, pour pertes industrielles, pertes de clientèles, etc.; indemnités qui peuvent être énormes, et dépasser, dans certains cas, celle allouée au propriétaire?

J'ai loué ma maison tout entière à un seul locataire. Je n'ai voulu avoir affaire qu'à lui; je suis resté étranger à la spéculation qu'il a pu faire : je ne connais que lui, je n'ai traité qu'avec lui. La loi me demande de faire connaître mes locataires : je n'en ai qu'un; je le déclare. J'ai obéi à la loi : on ne peut me demander davantage.

Voyez, continue le propriétaire, avec quel soin la loi a défini et restreint mes obligations. Il peut exister sur ma propriété des droits d'usufruit, d'usage et d'habitation : je dois faire connaître les ayants droit, mais seulement ceux fondés sur les règles du Code civil, c'est-à-dire fondés sur des titres que je dois connaître; je ne suis pas obligé à indiquer les usages forestiers, parce que je puis les ignorer, s'ils résultent de titres anciens ou de la possession. Pareillement, pour les servitudes, je ne dois déclarer que celles résultant de mes titres (art. 21), c'est-à-dire, des conventions passées avec moi ou dans lesquelles je suis intervenu. C'est là le principe admis par la loi, le seul qui justifie la pénalité exorbitante qui me menace. La loi n'exige de moi ni recherches ni démarches pour m'éclairer sur les concessions qu'auraient pu faire ceux avec qui j'ai traité : je déclare ce que j'ai fait, soit quant à la jouissance, soit quant aux démembrements de ma propriété : je ne dois rien de plus. Légalement, je ne connais pas les sous-locataires; je pourrai agir contre eux, quand je les trouverai là, occupant

Digitized by Google

ma propriété, la loi m'y autorise; mais je n'ai pas traité avec eux; je ne suis pas obligé de les rechercher, de les faire connaître.

Sans doute, leur position peut être fâcheuse, peut-être y a-t-il une lacune dans la loi à leur égard; mais la question est une question de responsabilité : il ne peut pas y avoir de responsabilité de la part de celui qui a accompli la loi.

Réponse du principal locataire. — Ce dernier tient, par d'autres motifs, le même langage que le propriétaire. S'il y a une lacune, une imperfection dans la loi, ce n'est pas une raison pour infliger une responsabilité énorme à celui qui n'a rien négligé, qui n'a commis aucune faute : or telle est la position du principal locataire.

Il ne reçoit pas lui, comme le propriétaire, une notification qui le mette en demeure de faire connaître à l'administration ceux à qui il a cédé des droits à la jouissance de l'immeuble exproprié. Il n'a appris que comme tout le monde l'expropriation, par des affiches, par des publications, par des insertions dans les journaux : il n'en sait pas plus, à cet égard, que ses sous-locataires; ils peuvent veiller à leurs droits tout aussi bien qu'il pourrait, lui, les avertir de le faire.

Sera-t-il obligé de dénoncer leurs noms à l'administration dans un délai fatal, dans ce délai de huitaine à partir de la notification faite au propriétaire? Mais cette notification, il ne la connaît pas, ce n'est pas à lui qu'elle est faite, et le propriétaire ne la lui a pas dénoncée. Le premier acte qu'on lui notifiera, ce sera l'acte d'offres de l'administration; et à ce moment, sans doute, le délai de l'article 21 sera expiré. Dans l'espèce actuelle, il l'était depuis longtemps. Mais le principal locataire n'a pas attendu cette notification pour agir. Aussitôt qu'il a cru savoir que l'expropriation se poursuivait, il a fait notifier à l'administration les noms de ses quinze sous-locataires. Malheureusement il était trop tard. Mais ce n'est pas ma faute, dit le principal locataire : ignorant la signification faite au propriétaire, je n'ai pu être contraint d'agir dans la huitaine de cet acte, sous peine de responsabilité.

Que pouvais-je faire? continue-t-il. — Demander en mon nom au jury l'indemnité due aux sous-locataires? On m'aurait répondu que nul en France ne plaide par procureur. Je ne pouvais, d'ailleurs, discuter utilement les bases d'indemnité dues

Digitized by Google

personnellement à des personnes qui étaient là devant le jury, qui savaient seules ce qui leur était dû, qui le demandaient, et qui étaient repoussées par une déchéance à laquelle elles se sont soumises.

Que conclure de là? que les sous-locataires n'ont pas obtenu l'indemnité à laquelle ils avaient droit? C'est possible, mais à qui la faute? — Que la loi n'a peut-être pas prévu la position particulière des sous-locataires, et n'a pas pris de précautions propres à sauvegarder leurs intérêts? C'est possible encore; mais s'il en est ainsi, ce ne sera pas une raison pour déclarer responsable celui à qui aucune obligation légale n'était imposée, qui par conséquent n'a pu être en faute en ne faisant rien, qui cependant a fait, l'arrêt le constate, tout ce qui était en lui pour prévenir la perte éprouvée par ceux qui l'attaquent aujourd'hui.

Au pis-aller, les sous-locataires, si la loi les a oubliés, se trouveront forcément compris, et quelle qu'ait pu être l'intention du législateur, dans les termes généraux de la seconde partie de l'article 21 : ils feront partie de ces *autres intéressés* qui doivent se faire connaître eux-mêmes, qui sont suffisamment avertis par les formes de publicité exigées en matière d'expropriation. C'est ce qu'a jugé la Cour de Lyon; c'est ce qu'approuvent les arrêtistes, tout en reconnaissant que la loi fait une position bien dure aux sous-locataires, tout en signalant une lacune dans la loi, lacune qu'il n'appartient pas aux juges de suppléer par leurs arrêts [1].

Arrêt de la Cour de cassation (prononcé le 20 avril 1859, après un long délibéré). — Ce qui rend remarquable l'arrêt de la Cour de cassation, c'est qu'il se fonde sur des motifs tout à fait nouveaux, c'est qu'il n'adopte aucun des systèmes plaidés par les parties.

La discussion, en effet, partait de ce point, qui paraissait convenu, que les sous-locataires avaient été à bon droit repoussés par le jury, devant lequel ils s'étaient présentés sans que leurs noms eussent été notifiés à l'administration dans le délai de l'article 21. On ne plaidait que sur la question de savoir si le préjudice causé par cette déchéance était imputable à telle ou telle personne : on ne discutait pas la déchéance elle-même.

[1] V. la note de M. Devilleneuve : S. V., 57, 2, 537.

Digitized by Google

La Cour de cassation a voulu prendre la question de plus haut. Elle a reconnu et déclaré formellement dans son arrêt que lorsque les sous-locataires se sont présentés devant le jury, aucune déchéance n'aurait dû leur être opposée. Dès lors, on le conçoit, s'ils ont accepté cette déchéance injustement prononcée contre eux, s'ils n'ont pas attaqué par les voies légales la décision qui leur faisait grief, ils ne peuvent s'en prendre qu'à eux-mêmes, et n'ont de recours à exercer contre qui que ce soit.

Ceci est un aspect tout nouveau donné au procès.

Nous devons dire que la thèse posée dans l'arrêt est conforme à la jurisprudence, ou plutôt à la coutume suivie à Paris, là où il y a tant d'expropriations et tant de sous-locataires. La ville de Paris, cela paraît certain, n'oppose jamais de fin de non-recevoir aux sous-locataires qui se font connaître avant la réunion du jury; elle les admet à se présenter même pour la première fois devant le jury, et à réclamer, sans autre forme de procès, les indemnités qui peuvent leur être dues.

Certes on ne peut qu'approuver une pareille manière de procéder. C'est suppléer, de la manière la plus équitable, une lacune ou une imperfection de la loi. On a vu plus haut, en effet, combien il était difficile pour les sous-locataires d'arriver en temps utile à faire valoir leurs réclamations. Mais cette facilité que leur accorde la ville de Paris n'est-elle qu'une faveur? Peuvent-ils, au contraire, la réclamer comme l'exercice d'un droit?

C'est cette dernière solution qu'adopte l'arrêt que nous allons citer.

Selon cet arrêt, il suffit, pour sauvegarder tous les intérêts qui se rattachent à la *jouissance* de l'immeuble exproprié, que le propriétaire ait fait connaître à l'administration le nom de son principal locataire; car ce principal locataire représente *toute* la jouissance et *tout* l'immeuble : peu importe qu'il en ait cédé des portions à des tiers qui ne sont que ses ayants cause, à des tiers qu'il peut représenter vis-à-vis de l'expropriant. Il pourra donc, lui ou eux, à l'abri de la notification faite par le propriétaire en temps utile, réclamer devant le jury toutes les indemnités afférentes à la jouissance, quelles que soient les causes de ces indemnités, quelles que soient les personnes qui doivent les recueillir en définitive.

Pour la mise en action du droit que l'on reconnaît ainsi aux

Digitized by Google

sous-locataires et au principal locataire, l'arrêt impose à celui-ci l'obligation d'avertir ceux-là, de les mettre en demeure de défendre leurs droits; obligation qui résulte pour lui, non de la loi spéciale d'expropriation, mais des principes du droit commun en matière de bail; car il leur a promis et garanti une jouissance paisible, il doit leur dénoncer les troubles menaçant cette jouissance.

C'est en vertu de cette théorie que la Cour de cassation rejette le pourvoi des sous-locataires : ils n'ont pas d'action contre le propriétaire, qui a fait tout ce qu'il devait en notifiant à l'administration le nom de son principal locataire, et qui, par cette notification, a sauvegardé les intérêts de tous les ayants droit à la jouissance; ils n'ont pas d'action contre le principal locataire, qui a fait, l'arrêt de Lyon le déclare, tout ce qui était en lui pour les mettre à même de faire valoir leurs droits; ils n'ont de reproche à faire qu'à eux-mêmes; car lorsqu'ils se sont présentés devant le jury, c'est à tort qu'on leur a opposé une déchéance fondée sur l'article 21 : ils ne se sont pas pourvus par les voies légales contre la décision qui prononçait cette déchéance; c'est par leur faute qu'ils souffrent préjudice; ils ne peuvent s'en prendre à personne.

N'y a-t-il dans cet arrêt qu'une application, une interprétation de la loi?

N'y a-t-il pas une addition à l'article 21 de la loi du 3 mai 1841; addition sage et équitable, nous le voulons; addition qui complète les garanties que le législateur a voulu donner à la propriété, à la jouissance des biens sacrifiés à l'intérêt public, mais addition enfin qui ne devrait émaner que du pouvoir législatif?

Par son arrêt, la Cour prend l'engagement de casser toute décision de jury, toute ordonnance de magistrat-directeur, qui refuserait d'admettre la réclamation d'un sous-locataire se présentant au moment même de la réunion du jury d'expropriation, sans que son nom ait été notifié d'avance à l'administration, sans que, par conséquent, il ait pu être fait d'offres ni de demandes dans la forme voulue par la loi spéciale. Or cette loi veut, article 23, que l'administration ne fasse d'offres qu'aux intéressés qui seront intervenus *dans le délai fixé par l'article* 21; elle veut, article 39, que le tableau des offres et des demandes soit mis sous les yeux des jurés et serve de base à

Digitized by Google

leur délibération. Casser une décision parce qu'elle aurait exigé l'accomplissement de ces formalités, ne serait-ce pas casser pour observation trop rigoureuse de la loi?

Ce n'est pas tout. On pourra, d'après l'arrêt, on devra sans doute admettre la réclamation faite instantanément devant le jury, non-seulement par les sous-locataires pour leur intérêt personnel, mais par le principal locataire pour les indemnités pouvant revenir à ses sous-locataires. Ce système pourrait bien ne pas être très-facile à organiser. Indépendamment du respect dû à la maxime que *nul en France ne plaide par procureur*, comment attendre du principal locataire une appréciation juste de dommages qui lui sont étrangers? Comment exiger de l'administration, qu'on néglige peut-être un peu trop dans ces théories, qu'elle improvise une réponse juste à des demandes, improvisées aussi, par des parties parlant et réclamant au hasard? N'est-ce pas là ce que la loi a voulu éviter en imposant des délais, des offres, des demandes, en édictant des déchéances qui peuvent paraître dures à certains intérêts privés, mais qui font partie d'un ensemble de législation soigneusement médité et combiné dans l'intérêt général?

Peut-être eût-il mieux valu se borner à reconnaître et à proclamer une lacune dans la loi, et laisser au pouvoir compétent le soin de la combler. L'intérêt des parties était même en dehors du débat; car on arrivait toujours au même résultat, le rejet du pourvoi des sous-locataires, soit par le motif donné par la Cour de Lyon, que dans le silence de la loi les sous-locataires n'avaient de recours que comme les *autres intéressés* de la seconde partie de l'article 21, obligés de se faire connaître dans le délai légal; soit par le motif de la Cour de cassation, que pouvant se présenter plus tard, et l'ayant fait, ils auraient dû attaquer par les voies légales la décision qui, à tort, les avait repoussés par fin de non-recevoir et déchéance.

Voici le texte de l'arrêt :

« Attendu que l'indemnité dont il s'agissait a été réglée, d'une » manière définitive, par une décision non attaquée du jury; » qu'aujourd'hui la seule question est de savoir si les sous- » locataires, non admis à prendre part dans cette indemnité, » ont une action en garantie, soit contre Garnier, propriétaire, » soit contre Riveron oncle et neveu, principaux locataires;

» Attendu, en ce qui concerne le propriétaire, qu'aux termes

Digitized by Google

» de l'article 21 de la loi du 2 mai 1841, il doit, dans les délais » établis par cet article, faire connaître à l'expropriant les loca- » taires de son immeuble ; que son obligation légale se borne » là et ne saurait s'étendre aux sous-locataires, qu'il peut ne » pas connaître, et avec lesquels il n'a pas traité ;

» Que l'indication par lui faite du principal locataire suffit, » d'ailleurs, à la conservation de tous les intérêts; qu'en effet, » l'expropriant, averti qu'il doit une indemnité pour la totalité » de la jouissance de l'immeuble, ne peut plus opposer aucune » déchéance à la demande de cette indemnité, que cette de- » mande soit présentée au nom du principal locataire, dans » les mains duquel le droit à la jouissance locative serait resté » tout entier, ou que des tiers auxquels il aurait cédé tout ou » partie de ce droit, et qui ne sont que ses ayants cause, vien- » nent se joindre à lui pour réclamer la part qui leur revient » dans l'indemnité afférente à la totalité de la jouissance ;

» Attendu, en ce qui concerne le principal locataire, que » l'article 21 précité ne lui impose pas l'obligation de faire » connaître à l'expropriant les sous-locataires dans le délai » déterminé par cet article ; que cette obligation ne pouvait pas » lui être imposée, puisque ce délai est le plus souvent expiré » lorsque le principal locataire est lui-même directement inter- » pellé et mis en demeure par les offres de l'expropriant; — » que le principal locataire peut seulement alors indiquer à » l'administration les sous-locations par lui consenties; qu'il » doit même, dans les termes ordinaires du droit, avertir les » sous-locataires pour que ceux-ci puissent intervenir person- » nellement, et, toutes choses étant encore entières, faire valoir » leurs prétentions ;

» Attendu que c'est seulement dans les cas où le locataire » principal manquerait à cette obligation, dérivant du contrat » même du bail à louage, qu'il pourrait être responsable vis-à- » vis des sous-locataires de la perte de leur indemnité;

» Attendu que, dans l'espèce, les sieurs Riveron avaient mis » leurs sous-locataires à même d'exercer leurs droits à une » indemnité; que s'ils en ont été privés, c'est par une décision » dont ils n'ont pas demandé la réformation par les voies lé- » gales;

» D'où il suit qu'en refusant, dans l'état des faits, d'accueillir » l'action des sous-locataires, soit à l'égard du propriétaire,

Digitized by Google

» soit à l'égard du principal locataire, l'arrêt attaqué n'a violé » aucune loi;

» Par ces motifs, la Cour rejette les quatre pourvois. »

Quoi qu'il en soit, et sans trop insister sur les observations dont nous avons cru devoir accompagner cet arrêt, il existe; il a été rendu après mûre délibération, et nous le croyons destiné à faire jurisprudence; car, sans doute, la Cour de cassation croira devoir le maintenir et en déduire toutes les conséquences logiques. Il faut donc que chacun se tienne pour averti :

1° L'administration et les compagnies de chemins de fer, de suivre l'exemple que donne, dit-on, la ville de Paris, en admettant les sous-locataires à se présenter devant le jury d'expropriation, sans exiger d'eux la notification préalable prescrite par l'article 21 de la loi du 3 mai 1841;

2° Les principaux locataires, de se tenir en éveil sur la marche des expropriations; de donner à leurs sous-locataires un avertissement qui les mette en demeure de faire valoir leurs droits; de se présenter, au besoin, dans leur intérêt, et de réclamer toutes les indemnités afférentes à la jouissance des lieux expropriés;

3° Les sous-locataires, enfin, de surveiller avec soin la procédure; de se faire connaître, s'il leur est possible, dans le délai de l'article 21, afin d'obtenir les offres de l'administration et le temps suffisant pour les méditer et y répondre; sinon, d'intervenir au plus tard devant le jury, et d'y exposer leurs réclamations, qu'ils seront toujours mieux en état de justifier que qui que ce soit.

Il ne faudrait pas, au surplus, s'exagérer les dangers de l'état actuel des choses. L'intérêt privé est, d'ordinaire, assez vigilant, et il est rare que le bruit d'une expropriation ne frappe pas toutes les parties intéressées; il est rare que toutes ne viennent pas, en temps utile, exposer leurs griefs et leurs prétentions. Depuis bien des années que fonctionnent nos lois d'expropriation, c'est la première fois que se présente la question qui a occupé la Cour suprême. Peut-être diminuerait-on encore les chances de préjudice, si l'on prenait l'habitude d'exécuter textuellement l'article 21 de la loi d'expropriation.

Cet article, en effet, veut que le propriétaire *appelle* et fasse connaître à l'administration les fermiers, locataires, etc. Dans

Digitized by Google

la pratique, on a mis de côté cette obligation d'appeler les tiers intéressés, et, dans les cas ordinaires, il n'y a pas d'inconvénient à cette omission : le locataire, notifié à l'administration, reçoit des offres, est par conséquent appelé au débat, se trouve nécessairement partie au procès; il n'a pas à se plaindre, tous ses droits sont saufs.

Mais quand il n'est pas seul intéressé, quand il peut avoir à appeler à son tour d'autres parties, ne serait-il pas bon que l'on commençât, vis-à-vis de lui, par remplir cette formalité, qui, après tout, est positivement ordonnée par la loi?

Si le propriétaire, qui a un délai de huit jours, notifie à son principal locataire l'avertissement qu'il a reçu, celui-ci saura quel est le point de départ du délai fatal; il pourra, en se hâtant, profiter lui-même de ce délai, faire connaître en temps utile ses sous-locataires, obliger ainsi l'administration à leur faire des offres, et par là empêcher de naître cette question si grave, si difficile, et dont la solution pourra bien ne pas satisfaire tous les esprits.

C'est un dernier conseil que nous donnons aux parties intéressées. SÉVIN.

DE L'IMPOT SUR LES SUCCESSIONS CHEZ LES ROMAINS.

Par M. DE VALROGER fils, docteur en droit, avocat à la Cour impériale.

L'impôt sur les successions n'est chez nous qu'une partie d'un grand système de droits perçus par l'État sur les mutations. Rome n'eut jamais un tel système, mais quelques genres de mutations furent taxés par des lois spéciales [1]. C'est ainsi qu'une taxe du vingtième fut établie sur les successions.

Le tribut que les successions payent à notre fisc ne vient point de la *vicesima* romaine. Mais, à défaut de lien historique, il y a un rapport de ressemblance qui éveille l'attention. Je me propose de rechercher comment Rome fut conduite à l'établissement de cet impôt et comment elle l'organisa [2].

[1] V. Dureau de la Malle, *Économie polit. des Romains*, II, 466 et suiv.

[2] Ce sujet, touché d'une manière accessoire par les divers auteurs qui

Digitized by Google

§ 1. — Origine de l'impôt.

On lit dans Dion Cassius que l'impôt sur les successions fut établi une première fois avant Auguste, puis aboli, et qu'Auguste ne fit que le rétablir[1]. Avant d'arriver à l'époque d'Auguste, il faut donc jeter un coup d'œil en arrière pour rechercher à quelle époque se rattache ce premier établissement de l'impôt auquel fait allusion Dion Cassius.

On a coutume de faire remonter l'impôt sur les successions à la loi Voconia, de l'an de Rome 585. On se fonde sur le passage suivant de Pline le Jeune, dans le panégyrique de Trajan : « Locupletabant et fiscum et ærarium non tam Voconiæ et Juliæ leges quam majestatis singulare et unicum crimen eorum qui crimine vacarent[2]. » Par cette expression *Juliæ leges*, Pline, dit-on, entend désigner la loi *Julia de vicesima hæreditatium*, qui, sous Auguste, établit l'impôt sur les successions. Or, à côté de cette loi *Julia*, Pline mentionne la loi *Voconia*. N'en doit-on pas conclure que la loi *Voconia* contenait des dispositions analogues à celles de la loi *Julia de vicesima?* Je ne saurais me rendre à cette opinion; je la trouve arbitraire et inadmissible : arbitraire, car rien ne prouve que Pline ait voulu parler ici de la loi *Julia de vicesima* plutôt que de la loi *Julia de maritandis ordinibus*, refondue ensuite dans la loi *Papia Poppæa*, et relative aux dispositions caduques; inadmissible, car si, comme on le prétend, la loi *Voconia* avait établi l'impôt sur les successions, elle eût été remplacée par la loi *Julia de vicesima*. Or, Pline parle ici de deux lois persistant l'une à côté de l'autre et enrichissant simultanément le fisc. Pour expliquer le passage de Pline, il nous suffira de supposer que les pres-

se sont occupés des finances romaines, a donné lieu à deux monographies.

Une première (*De l'impôt du vingtième sur les successions*, Paris, 1766) est due à Bouchaud, auteur d'un grand travail sur la loi des Douze Tables : on trouve dans les deux ouvrages beaucoup d'érudition, elle est même prodiguée, mais peu de critique.

Le même sujet a été repris de nos jours par un savant allemand, M. Bachofen, dans ses *Ausgewählte Lehren des römischen Civilrechts* (Bonn, 1848). C'est l'œuvre d'un romaniste distingué, mais son exposition n'offre pas la lucidité désirable.

J'ai cru qu'après ces travaux il restait encore quelque chose à faire.

[1] Dio Cass., LV, 25.

[2] Plin., *Panégyr.*, c. 42.

Digitized by Google

criptions de la loi *Voconia* étaient sanctionnées par une disposition fiscale restée inconnue[1]. Cette idée admise, on comprend que Pline mentionne à côté de la loi *Voconia* une loi *Julia*. C'est, selon toute apparence, la loi *Julia de maritandis ordinibus*, qui, comme la disposition de la loi *Voconia* dont nous venons de parler, faisait profiter le fisc de certaines incapacités. Voilà, selon moi, l'explication la plus probable du passage de Pline.

Ce n'est donc pas dans la loi *Voconia* qu'il faut rechercher l'origine de l'impôt sur les successions. Cette origine n'apparaît que bien plus tard.

Appien rapporte qu'en l'année 714 les triumvirs, pour subvenir aux frais de la guerre contre Sextus Pompée, établirent, par un édit, un droit proportionnel sur les dispositions testamentaires[2]. C'est dans cet édit de 714 que je vois le premier établissement de l'impôt dont parle Dion Cassius.

La mesure des triumvirs prit fin avec la guerre.

Sous Auguste eut lieu une complète réorganisation de cet impôt.

Les finances étaient dans un état déplorable; c'était le résultat inévitable de longues années de guerres civiles pendant lesquelles chaque parti avait sacrifié à ses besoins du moment les ressources de l'État. Les charges ne faisaient pourtant qu'augmenter. L'armée permanente, établie par Auguste, pesait lourdement sur le trésor. Auguste dut travailler à remettre l'ordre dans les finances et à assurer à l'État des revenus réguliers, proportionnés à ses dépenses. Dans ce but, il fit faire dans les provinces de grands travaux de cadastre et de recensement, destinés à donner une nouvelle et meilleure assiette à l'impôt direct[3]. Mais l'Italie jouissait d'une immunité très-compromettante pour le trésor. A la suite de la guerre de Macé-

[1] M. de Savigny, qui paraît assez disposé à expliquer ainsi le passage de Pline, s'arrête devant cette considération qu'on ne trouve aucun indice qu'une pareille disposition ait existé dans la loi Voconia (*Vermischte Schriften;* Berlin, 1850, p. 441, note 1). L'indice, le voilà.

[2] Appian., V, 67. — C'est à l'occasion de cet édit que paraît avoir été porté le plébiscite appelé *lex Falcidia*. Dion Cassius rattache la falcidie à cette même année 714 (XLVIII, 33); et on comprend, en effet, que du moment où on assujettissait à l'impôt les dispositions testamentaires, il fallait empêcher ces dispositions de s'évanouir par la désertion du testament.

[3] Cassiodore, *Var.*, III, 52.

Digitized by Google

doine, en l'an 587 de Rome, le peuple-roi avait trouvé qu'il avait assez de sujets pour rejeter sur eux le fardeau de l'impôt et ne plus le payer lui-même. Le privilége que Rome s'était ainsi attribué devint commun à toute l'Italie, lorsque la guerre sociale l'eut assimilée à Rome. Il est vrai qu'en 711 les triumvirs imposèrent Rome et l'Italie. Mais ce fut, comme l'édit de 714 dont je viens de parler, un expédient financier d'une portée passagère; et c'est bien à tort que quelques savants ont prétendu que l'immunité de l'Italie aurait pris alors fin pour toujours.

Auguste trouva un moyen de mettre Rome et l'Italie à contribution, en établissant un droit de mutation sur les successions des citoyens, droit du vingtième (*vicesima hæreditatium*) qui équivaudrait à peu près à l'impôt direct dont l'Italie était affranchie. César avait peut-être déjà eu cette pensée. Auguste se prévalut de ses intentions exprimées dans les papiers qu'il avait laissés [1]. Ce projet n'en rencontra pas moins de grands obstacles. L'ordre parut un moment compromis dans Rome. Auguste prit un biais en invitant le sénat à chercher d'autres moyens de faire face aux dépenses publiques [2]. On n'en put trouver aucun qui ne suscitât une foule d'objections. Auguste, pendant ce temps, faisait commencer sur divers points de l'Italie des travaux de cadastre qui montraient en perspective le rétablissement d'un impôt direct, c'est-à-dire l'abolition d'une immunité à laquelle on tenait par-dessus tout. Auguste sut ainsi vaincre la résistance à son dessein, et l'impôt des successions prit place pour plusieurs siècles dans le budget de l'empire, où il figura comme un des revenus spéciaux de l'*ærarium militare* [3].

[1] Dio, LV, 25.

[2] V. Dio, *ibid.*

[3] V. Dio, *ibid.*, *in fine*. — Cette caisse militaire, à laquelle fut spécialement affecté l'impôt sur les successions, avait été fondée par Auguste pour subvenir à l'entretien de l'armée permanente qu'il établit. (V. Dio, LII, 27, 28. — Sueton., *in Octavio Cæsare*, c. 49.) Auguste dota cet *ærarium*, comme premier capital, de 1,700,000 sesterces (*Monum. Ancyr.*, t. III, 1, 85); il l'enrichit de fortunes confisquées (Dio, LV, 32); et de plus il lui donna, dans l'année même de sa fondation, comme source régulière de revenus, l'impôt sur les successions.

Digitized by Google

§ 2. — Organisation de l'impôt sous Auguste.

L'impôt sur les successions fut ainsi établi, en l'an 759 de la fondation de Rome, par une loi *Julia*, le plus souvent appelée *lex vicesima hæreditatium*[1].

Le texte de cette loi ne nous est pas parvenu, et on est réduit, pour en retrouver les dispositions, à rassembler une foule de documents épars. On les trouve surtout dans l'histoire de Dion Cassius et dans le panégyrique de Trajan par Pline le Jeune, les Institutes de Gaïus et les sentences de Paul[2]. Les compilations même de Justinien offrent aussi quelques ressources. Le Code ne mentionne l'impôt du vingtième que pour le déclarer aboli[3]. Mais le Digeste cite deux jurisconsultes qui auraient commenté la loi *Julia vicesima*, Aulus Ofilius et Æmilius Macer; et s'il ne nous a rien laissé du premier, au moins sur notre matière[4], il nous a conservé du second, Æmilius Macer, cinq fragments du commentaire en deux livres que ce jurisconsulte avait composé sur la *lex vicesima hæreditatium*. Ce sont les fragments 68, *ad leg. Falcid.*; fr. 37, *De religiosis*; fr. 154, *De verb. signific.*; fr. 7, *Qui testam. fac. poss.*; fr. 13, *De transact.* Quelques-uns de ces fragments offrent beaucoup d'intérêt. Nous les expliquerons en leur place[5].

Le sujet se divise naturellement en deux parties. Je parlerai d'abord de l'assiette de l'impôt, puis de sa perception.

I. *Assiette de l'impôt.* — L'édit de 714 n'avait eu en vue que les dispositions testamentaires. La loi Julia, au contraire, s'ap-

[1] Dion Cassius place l'établissement de l'impôt sous le consulat de M. Æmilius, auquel succéda Lépide dans la même année, et de L. Arruntius (LV, 25). Or, si l'on se reporte aux fastes consulaires, on voit que M. Æmilius et L. Arruntius étaient consuls en l'an 759. (V. Pighius, t. XI *Thesaur. antiq. rom.*, p. 214.)

[2] Dans les *Sentences* de Paul, le titre 6 du livre IV porte pour rubrique *De vicesima*. Mais Paul, sous ce titre, ne s'occupe que de l'ouverture des testaments, qui, comme nous le verrons, se rattachait à la *vicesima*.

[3] L. 3, C., *De edicto div. Had. tollendo*.... Quia et vicesima hæreditatis ex nostra recessit republica.

[4] Le fr. 2, § 44, *De orig. juris*, nous dit seulement ceci : « De legibus vicesima primus conscripsit. »

[5] On peut encore citer, comme se rapportant à notre matière, les textes suivants : Fr. 32, *De jure fini*; L. 2, au C., *De transact.*; L. 1, au C., *De usuris rei judicator*. Mais ces textes n'offrent guère d'intérêt.

Digitized by Google

pliquait aux successions soit légitimes, soit testamentaires [1]. Il est même fort probable qu'elle ne laissait pas de côté les donations à cause de mort qui, sous beaucoup de rapports, furent assimilées aux legs [2].

L'impôt du vingtième n'était exigé que des citoyens romains. Cette limitation concordait avec le but de la loi. Comme je l'ai dit, Auguste se proposa de frapper Rome et l'Italie d'une charge qui compenserait l'impôt direct payé par les provinces. C'est ce qui résulte aussi de divers passages de Pline le Jeune dans le panégyrique de Trajan [3]. Ainsi s'explique le motif prêté par Dion à Caracalla quand il donna à tout l'empire le droit de cité. Il s'agissait de soumettre les provinciaux à certains impôts, particulièrement à la *vicesima hæreditatium*. (Dio, LXXVII, 9.)

Quelques successions furent affranchies de ce droit de mutation. Dion rapporte que la loi Julia avait excepté de ses dispositions les successions des proches parents et celle des pauvres, τῶν πάνυ συγγενῶν ἢ καὶ πενήτων [4]. Quelle était, au juste, la portée de ces deux exceptions?

Parlons d'abord de la seconde. Que faut-il entendre par cette

[1] Beaudoin, ancien commentateur de la loi Julia *De vicesima*, penche à croire que les legs étaient dispensés de l'impôt, parce qu'il n'est jamais fait mention que des hérédités « *vicesima hæreditatium.* » C'est une erreur évidente. Si les legs avaient été dispensés de l'impôt, il eût été singulièrement restreint, car il ne restait souvent à l'héritier que la quarte falcidie. Il y a d'ailleurs sur ce point des textes positifs. Le testament de Dasumius, restitué par Rudorff et M. Laboulaye, porte ce qui suit : « Hoc amplius quisquis mihi heres heredesve erit eruntve eum eosque rogo fideique ejus eorumque committo ut quæcumque hoc testamento *cuiquam dedi legavi*, ea vicensimis omnibus modis liberent. » (V. *Rev. de lég.*, 1845, II, p. 273.)

[2] La loi Furia mettait sur la même ligne les legs et les donations à cause de mort. (Gaius, II, 225, 226.) — Les dispositions de la loi Julia et Papia sur la capacité de recevoir devaient s'appliquer, suivant un sénatus-consulte, aux donations à cause de mort de la même manière qu'aux legs. (D., 39, 6, fr. 35, pr., et 37, pr.) — Les dispositions de la loi Falcidia, d'après une constitution de l'empereur Sévère, leur étaient applicables. (Cod., 8, 57, 2.)

[3] V. Plin., *Panegyr.*, 37. — Pline, à propos de l'exception faite en faveur des plus proches parents, exception dont je parlerai plus bas, s'exprime ainsi : « Hæc mansuetudo legis veteribus servabatur. Novi seu per Latium in civitatem, seu beneficio principis venissent, nisi simul cognationis jura impetrassent, alienissimi habebantur quibus conjunctissimi fuerant. » Il résulte bien de là que l'impôt ne s'appliquait qu'à ceux qui jouissaient du droit de cité.

[4] Dio, LV, 25.

Digitized by Google

expression : successions *des pauvres?* Les successions dont il est ainsi parlé paraissent avoir été celles au-dessous de cent mille sesterces. Nous voyons, en effet, qu'au temps d'Auguste on considérait comme minimes les successions inférieures à ce taux. La loi *Papia Poppæa*, par exemple, accorde au patron le droit de venir en concours avec les héritiers siens de l'affranchi pour une part virile, à moins que le défunt n'ait laissé plus de deux enfants ou un patrimoine valant moins de cent mille sesterces [1].

En ce qui touche l'autre exception signalée par Dion, il y a plus de difficulté. Dion, dans un autre passage, désigne les parents dispensés de l'impôt par cette expression : πάνυ προσήκοντες (LXXVII, 9). Mais il n'en résulte guère d'éclaircissement; il reste toujours à savoir quels étaient au juste les parents compris sous ces deux expressions : πάνυ συγγενεῖς, πάνυ προσήκοντες. Différents systèmes ont été présentés : c'étaient, suivant les uns, les héritiers siens [2]; suivant les autres, les agnats [3]; suivant d'autres, les *decem personæ* que le préteur appelait à la possession de biens avant le manumisseur étranger [4]; suivant d'autres, enfin, c'étaient les cognats exceptés par la loi *Furia* [5], c'est-à-dire les cognats des six premiers degrés, et au septième les enfants des petits-cousins [6]. Peut-être est-il téméraire de prendre parti pour l'une ou l'autre de ces hypothèses; cependant j'incline à penser, pour des raisons que je donnerai plus bas (p. 509), que les personnes exceptées par la loi Julia étaient les *decem personæ*.

La loi Julia faisait-elle d'autres exceptions? On a prétendu que les legs faits aux temples des dieux, et en général tous

[1] Gaius, III, § 42..... Cautum est enim ea lege (Papia), ut ex bonis ejus qui sestertiorum nummorum centum millium plurisve patrimonium reliquerit et pauciores quam tres liberos habebit, sive is testamento facto, sive intestat mortuus erit, virilis pars patrono debeatur.

[2] Manzano, c. 23.

[3] Spanheim, *Orb. Roman.*, II, c. 4. Londin., 1703, p. 205.

[4] Rudorff, *Das testament des Dasumius.* (Savigny's *Zeitschrift*, t. XII, p. 388.) — Les *decem personæ* se trouvent énumérées aux Institutes, III, IX, § 3 : ..... Sunt autem decem personæ hæ : pater, mater, avus, avia, tam paterni quam materni : item filius, filia, nepos, neptis, tam ex filio quam ex filia : frater, soror, sive consanguinei sunt, sive uterini.

[5] Klenze : Savigny's *Zeitschrift*, t. VI, p. 60-67.

[6] *Vatic. frag.*, § 301..... Sic et lex Furia scripta est, eo amplius, quod illa lex sex gradus et unam personam ex septimo gradu excepit, sobrino natum.

Digitized by Google

ceux faits *ad pias causas*, devaient être acquittés par l'héritier sans déduction de l'impôt, et qu'ainsi les temples des dieux, les établissements de bienfaisance jouissaient d'une véritable immunité.

On s'appuie pour le soutenir sur deux inscriptions recueillies à Exija en Espagne sur les murs de l'église Saint-François. Nous voyons dans ces deux inscriptions que l'héritier a érigé une statue pour obéir à la volonté du testateur, et il y est dit qu'il l'a fait sans aucune déduction du vingtième, *sine ulla deductione*[1]. On a vu là une formule de style pour tous les legs de cette nature, et on en a conclu qu'ils étaient exempts de l'impôt[2]. Il est facile d'apercevoir qu'au contraire il s'agit de deux cas exceptionnels. Dans l'un l'héritier n'a fait qu'exécuter la volonté du testateur qui lui avait ordonné d'ériger la statue sans retenir le montant de l'impôt ; dans l'autre c'est une libéralité qu'il fait volontairement en acquittant le legs sans déduire l'impôt. Le soin qu'on a pris de dire que le vingtième n'avait pas été déduit, prouve évidemment qu'en principe l'héritier était autorisé à le retenir, et que par conséquent il avait eu à le payer.

Dans les cas où il y avait lieu à la perception de l'impôt du vingtième, cet impôt ne se déterminait pas d'après toutes les valeurs laissées par le défunt.

Auguste ordonna qu'on déduisît les frais de funérailles. — La loi paraît s'être servie à cette occasion de l'expression *sumptus funeris* que le jurisconsulte Macer explique dans un passage de son commentaire rapporté au Digeste[3]. Cette déduction des frais funéraires conduisit le fisc à en prendre connaissance et

[1] Voici les deux inscriptions :

P. Numerius . Martialis . Astigitanus . Seviralis . Signum . Panthei . Testamento . Fieri . Ponique . Ex . Argenti . Libris . C . Sine . Ulla . Deductione . Jussit. (Gruter, I, 5.)

Cæcilia . Trophime . Statuam . Pietatis . Testamento . Suo . Ex . Arg. P . C . Suo : Et . Cæcilii , Silonis . Mariti . Sui . Nomine . Poni . Jussit . D . Cæcilius . Hospitalis . Et . Cæcilia . D . F . Materna . Et . Cæcilia . Philete . Hæredes . Sine . Ulla . Deductione . XX . Posuer. (Manzano, p. 82.)

[2] Bouchaut, *De l'impôt du vingtième sur les successions*, p. 69. Paris, 1766.

[3] Macer, lib. I, *ad legem XX hæreditatium*. « *Funeris sumptus* accipitur, quidquid corporis causa, velut unguentorum, erogatum est : et si qua vectigalia sunt, vel sarcophagi, et vectura. Et quidquid corporis causa, antequam sepeliatur, consumptum est, funeris impensam esse existimo. » (D., fr. 37, *De relig.*, XI, VII.)

Digitized by Google

à apprécier s'ils n'étaient point excessifs. Aussi voyons-nous les publicains auxquels avait été affermé l'impôt du vingtième exercer une surveillance sur les funérailles. Pline dans son panégyrique y fait allusion[1]. On appliquait probablement ici les règles suivies pour l'action *funeraria*[2].

On peut penser que les fonds provinciaux appartenant à des citoyens romains n'entraient pas non plus en ligne de compte. La loi Julia, peut-on dire, eut pour but de faire peser sur les fonds italiques un impôt équivalent à celui que payaient les provinces sous le nom de *tributum* : dès lors elle dut rester complétement étrangère aux fonds provinciaux. Telle est l'opinion d'un savant allemand Huschke[3]. Un autre, Bachofen, combat vivement cette idée[4]. Il fait remarquer que le *tributum* et l'impôt du vingtième se distinguaient nettement l'un de l'autre, que le *tributum* représentait une portion du revenu, l'impôt du vingtième une fraction du capital ou valeur totale, que pour déterminer cette valeur on devait tenir compte du tribut qui pesait sur le fonds et qui en diminuait d'autant la valeur, que les deux impôts pouvaient donc parfaitement se concilier dans la pratique, et qu'en conséquence rien n'autorise à imaginer pour les fonds provinciaux une exception qu'aucun texte ne nous indique. Mais suffit-il de démontrer que les deux impôts pouvaient se concilier dans la pratique, pour que l'on doive admettre qu'ils frappaient simultanément les fonds provinciaux ? Ne faut-il pas avant tout se reporter au but de la loi pour en apprécier la portée? La loi, qui s'adressait uniquement aux citoyens romains, ne doit elle pas, pour être conséquente, ne frapper aussi que le sol italique investi d'une immunité d'impôt compromettante pour le Trésor ?

La valeur totale de la fortune du défunt une fois fixée, il y avait à estimer les diverses parts de succession et les diverses

[1] Plin., *Panegyr.*, c. 40. « ..... Et si ita gratus heres volet, tota sepulcro, tota funeri serviat : nemo observator, nemo castigator adsistet. »

[2] Fr. 14, § 6, *De religiosis*, D., XI, VII. « ..... Æquum autem accipitur ex dignitate ejus qui funeratus est, ex causa, ex tempore et ex bona fide : ut neque plus imputetur sumptus nomine, quam factum est : neque tantum, quantum factum est, si immodice factum est. Deberit enim haberi ratio facultatium ejus, in quem factum est : et ipsius rei quæ ultra modum sine causa consumitur. »

[3] *Ueber den Census und die Steuerverfassung*. 74, n° 157.

[4] V. en ce sens Bachofen, *Ausgewählte Lehren*. (Bonn, 1848.)

Digitized by Google

dispositions testamentaires, afin de répartir l'impôt dû par la succession entière entre les divers héritiers et légataires.

Une difficulté particulière se présentait pour les legs d'usufruit et d'aliments.

D'après quelle base faisait-on en ce cas l'estimation? La loi Julia ne paraît point avoir édicté de règle précise, les jurisconsultes romains combleront cette lacune. Dans un passage de son commentaire sur la *lex vicesima hæreditatium*, Æmilius Macer nous rapporte les règles qu'Ulpien aurait tracées à cet égard[1]. Quoiqu'elles soient bien postérieures à la loi Julia, nous pouvons les rapporter ici puisqu'elles n'en sont qu'une interprétation. Ulpien fixe le montant de l'impôt d'après la durée probable de la vie du légataire, et cette durée, il la détermine elle-même d'après le tableau suivant :

Age du légataire.	Durée probable de la vie.
1 à 20.	30
20 25.	28
25 30.	25
30 35.	22
35 40.	20
40 50.	»
50 55.	9
55 60.	7
60 ».	5

Ce tableau a besoin d'éclaircissements pour ce qui concerne la période de 40 à 50 ans. Pour cette période on n'avait pas fixé la durée probable de la vie à un chiffre déterminé à l'avance. On prenait le nombre soixante : on en déduisait l'âge du légataire, et le résultat de cette soustraction diminué d'une année donnait la durée probable de la vie.

Tel est le tableau que nous rapporte Æmilius Macer en l'attribuant à Ulpien. Æmilius Macer ajoute que la pratique adopta un compte plus simple. D'un an à 30 ans, l'impôt était fixé sur le pied de trente années de jouissance. De 30 à 60 on

[1] Le passage d'Æmilius Macer rapporté au Digeste (fr. 68, *ad leg. Falcidiam*), commence ainsi : « Computationi in alimentis faciendæ hanc formam esse Ulpianus scribit, ut a prima ætate usque ad annum vicesimum quantitas alimentorum triginta annorum computetur, ejusque quantitatis *falcidia* præstetur. » — Il est probable que dans le texte original, au lieu du mot *falcidia* se trouvait le mot *vicesima*, et qu'il y a ici une interpolation des compilateurs.

Digitized by Google

comptait les années que le légataire avait encore à parcourir pour arriver à cette dernière époque. Enfin au-dessus de 60 ans on ne comptait que cinq années conformément au tableau d'Ulpien.

Dans le cas où l'usufruit avait été légué à une de ces personnes morales qui ne meurent point, l'impôt était fixé au maximum, c'est-à-dire sur le pied de trente années de jouissance.

II. *Perception de l'impôt.* — L'impôt du vingtième paraît avoir été affermé à des sociétés de publicains. Cela résulte de divers passages du panégyrique de Trajan [1], du testament de Dasumius [2] et de plusieurs inscriptions dans lesquelles nous trouvons mentionnés des *magistri* et *promagistri XX hereditatium* [3]. Les expressions *magistri* et *promagistri*, en effet, désignent d'ordinaire les directeurs et sous-directeurs de sociétés de publicains [4].

A côté des publicains se déployait une hiérarchie de fonctionnaires impériaux.

En tête de cette hiérarchie étaient les *procuratores hæreditatium* [5]. Dans chaque région de l'Italie et dans chaque province il y avait une caisse et un bureau tenus par un *procurator* [6]. Il est fait mention d'un *procurator XX hæreditatium* pour la Pamphylie, la Lycie, la Phrygie, la Galatie et les îles Cyclades. (Muratori, 695, 1). — Pour les deux Ponts, la Bythinie et la Paphlagonie (Muratori, 695, 1). — Pour la Bétique et la Lusitanie (Gruter, 434, 3). — Pour l'Espagne citérieure (Gruter, 590, 9). — Pour la Gaule Narbonnaise et l'Aquitaine (Gruter, 493, 1). — Pour la Gaule Lyonnaise et Belge et les deux Ger-

[1] Plin., *Panegyr.*, c. 37 : « ..... Eamdem immunitatem in paternis bonis filio tribuit, si modo redactus esset in patris potestatem, ratus improbe et insolenter ac pane impie his nominibus inseri *publicanum*. » — C. 40 : « Ac ne remotus quidem, jamque deficientis affinitatis gradus, a qualibet quantitate vicesimam inferre cogetur : statuit enim communis omnium parens summam, quæ *publicanum* pati possit. »

[2] « ..... Suscipiant eo nomine, aut vicensimæ nomine cum *publicano*, qui id vectigal conductum habebit..... » (V. Savigny's *Zeitschrift*, XII, p. 388.)

[3] Gruter, p. 426, n° 5; p. 454, n° 8.

[4] Cicero, *Pro Plautio*, c. 32. — *Ad Famil.*, XIII, 9.

[5] D., fr. 32, *De jure fisci.*—Nous trouvons aussi les expressions suivantes : *procurator XX hæreditatium* (Gruter, p. 389, n° 2), *procurator XX* (Gruter, p. 286, n° 4), *procurator Aug. XX hæredit.* (Gruter, p. 359, n° 3.)

[6] De là l'expression *procurator Augg. stationis hæreditatium*. (Gruter, p. 451, n° 3.)

Digitized by Google

manies (Gruter, 389, 2). — En Italie, nous trouvons un procureur pour la Campanie, l'Apulie, la Calabre (Muratori, 513, 2), un autre pour l'Ombrie, Tuscie, Picenum (Gruter, 411, 1). Enfin, à Rome nous voyons aussi un *procurator* qui porte un nom spécial, *procurator in urbe magister XX* (Spon., Misc., p. 148), d'où il paraît résulter qu'il y avait à Rome une caisse centrale.

Au-dessous des *procuratores* se trouvaient des *tabularii*[1] *tabelliones*, *adjutores tabulariorum*, *commentarii* (Gruter, 590, 9), *dispensatores* (Fabretti, 37, 189), *villici* (Fabretti, 36, 178), *arkarii* (Fabretti, 37, 181).

On a peine à s'expliquer ce nombreux personnel d'officiers impériaux pour un impôt affermé. Aussi on a émis l'hypothèse que les officiers impériaux et les publicains s'excluaient réciproquement, et que l'impôt était levé en Italie par les publicains, dans les provinces par les officiers impériaux. Cette hypothèse ne peut être admise, puisque les nombreuses inscriptions citées plus haut montrent des procureurs en Italie. Rudorff a imaginé une autre explication[2]. Suivant lui, il n'y aurait eu de publicains qu'à Rome, en Italie et dans les provinces, l'impôt aurait été directement levé par des officiers impériaux. Il se fonde sur ce qu'en Italie et dans les provinces on trouve des *stationes vicesimæ hæreditatium* et dans ces stations des *dispensatores* et *exactores*. On peut aussi argumenter en ce sens d'un passage du commentaire d'Æmilius Macer sur la *vicesima*, passage d'où il résulte que les procureurs ne peuvent point transiger sans consulter l'empereur[3]. Néanmoins l'hypothèse de Rudorff soulève de graves objections. On est forcé d'admettre qu'à Rome les procureurs existaient à côté des publicains, car dans une inscription citée plus haut il est fait mention d'un *procurator in urbe magister XX*[4]. Or si à Rome les procureurs existaient à côté des publicains, pourquoi n'en aurait-il pas été de même en Italie et dans les provinces? On comprend après tout que des officiers impériaux

[1] Orelli, 3332..... Princeps tabularius in statione XX hæreditatium in Verona.....

[2] Rudorff, *Testament des Dasumius*. — Savigny's *Zeitschrift*, t. XII, p. 394.

[3] Ce passage forme le fr. 13 du titre *De transact.* « Æmilius Macer, lib. I, ad legem vicesimam hæreditatium : Nulli procuratorum principis, inconsulto principe, transigere licet. »

[4] Spon, *Misc.*, p. 148.

Digitized by Google

fussent nécessaires pour surveiller les publicains, recouvrer le prix de leurs fermes. Quant au fragment de Macer cité plus haut, rien n'empêche de supposer qu'il fait uniquement allusion aux rapports des officiers impériaux et des publicains.

Comment étaient garantis les droits des publicains et ceux de l'État?

Avant de parler des garanties qui assuraient le recouvrement de l'impôt sur les successions, il convient de mentionner une disposition de la *lex vicesima* sur l'ouverture des testaments, disposition qui avait pour but d'assurer une prompte perception de l'impôt, et qui, à ce titre, trouve ici sa place.

On sait comment se faisait l'ouverture des testaments. Après que le testament avait été déposé entre les mains du magistrat, les témoins qui avaient apposé leur cachet sur le testament étaient convoqués par lui, et en leur présence les tablettes étaient ouvertes et lues. On était admis à en prendre copie, puis le testament revêtu d'un sceau public était déposé dans les archives, afin qu'on pût y recourir au besoin. La *lex vicesima* exigea que l'ouverture des testaments eût lieu immédiatement après la mort du testateur, *statim post mortem testatoris*[1]; et Paul, qui rapporte cette disposition, donne pour motif qu'il ne fallait point retarder la perception de l'impôt[2].

Le vingtième attribué au trésor ne le rendait point héritier pour ce vingtième; il n'avait point un droit de copropriété sur la succession. Son droit se bornait à une action personnelle contre les héritiers et légataires, en proportion de ce qu'ils avaient reçu. Quelle était cette action? On pourrait croire que c'était une *condictio ex lege*. Le fragment unique qui se trouve au Digeste sur cette *condictio ex lege* nous dit, en effet, que toutes les fois qu'une loi nouvelle a créé une obligation sans déterminer l'action par laquelle on pourrait en poursuivre l'exécution, il faut agir *ex lege*[3]. Telle ne paraît pas avoir été l'action des publicains. Gaius nous apprend que dans la formule

[1] V. Paul, *Sent.*, lib. IV, t. VI, *De vicesima*. — Paul ajoute que les rescrits interprétèrent diversement cette disposition, les uns fixant un délai de trois jours, les autres un délai de cinq.

[2] V. Paul, *Sent.*, ibid. : « Nec enim oportet testamentum heredibus aut egatariis aut libertatibus, quam necessario vectigali moram fieri. »

[3] « Si obligatio lege nova introducta sit, nec cautum eadem lege, quo genere actionis experiamur, ea lege agendum est. » (D., fr. unic., *De condict. ex lege*, XIII, II.)

Digitized by Google

donnée au publicain le contribuable était condamné à payer la même somme que s'il y avait eu réellement prise de gage[1]. Il résulte de là que l'action donnée au publicain était une *actio fictitia*, imitée d'une des actions de la loi, la *pignoris capio*. Cette ancienne *legis actio* n'existait très-probablement plus en l'an 759, date de la loi Julia[2]; mais la fiction survécut à la réalité.

Il avait aussi été donné des garanties à l'État contre ses fermiers.

1° Tous les biens présents et futurs des publicains lui étaient tacitement engagés. La loi *Julia vicesimaria* contenait sur ce point une disposition spéciale, ainsi que cela résulte d'un fragment *de jure fisci*, dont la restitution est due à Böcking[3]. 2° La loi Julia imposait aux publicains la nécessité de fournir des cautions qui étaient aussi tenues sur tous leurs biens. Gaius nous dit même à ce sujet que la *lex vicesima hæreditatium* avait écarté la limitation établie par la loi Cornelia. Cette loi défendait que la même personne pût s'obliger pour le même débiteur, envers le même créancier dans la même année, au delà d'une certaine somme[4]. L'intérêt du trésor public l'emporta sur la considération qui avait inspiré cette règle.

§ 3. — De l'impôt des successions sous les successeurs d'Auguste.

La loi Julia resta toujours la règle en cette matière; mais elle reçut sous les successeurs d'Auguste quelques modifications. Ces modifications se rattachent aux règnes de Nerva, de Trajan, d'Adrien Caracalla et de Macrin[5]. Je les signalerai en suivant l'ordre chronologique.

[1] Gaius, IV, § 32 : « Item in ea forma quæ publicano proponitur, talis fictio est, ut quanta pecunia olim, si pignus captum esset, id pignus is a quo captum erat luere deberet, tantam pecuniam condemnetur. »

[2] Gaius, IV, § 30. — V. Bonjean, *Traité des actions*, t. I, p. 409.

[3] « Bona eorum qui cum fisco contrahunt, lege vicesimaria velut pignoris jure fisco obligantur, non solum ea quæ habent, sed ea quoque quæ postea habituri sunt. » (V. le *Corpus juris antejustinianei* de Bonn, fragm. 5, *De jure fisci*.)

[4] Gaius, III, § 124 : « Sed beneficium legis Corneliæ omnibus commune est : qua lege idem pro eodem apud eumdem eodem anno vetatur in ampliorem summam obligari creditæ pecuniæ quam in XX millia..... »

Ibid., § 125 : « ..... Et adhuc lege vicesima hæreditatium cavetur, ut ad eas satisdationes quæ ex ea lege proponuntur, lex Cornelia non pertineat. »

[5] Nous lisons à la vérité dans Suétone que Néron abolit ou diminua les

Digitized by Google

1° *Nerva.*

La loi Julia, ainsi que je l'ai dit plus haut, avait dispensé de l'impôt certains proches parents. Cette disposition supposait une parenté reconnue par le droit civil; elle supposait donc le *connubium* du père et de la mère au temps de la conception. En conséquence la dispense ne s'appliquait pas aux familles des esclaves gratifiées de la liberté[1]; elle ne s'appliquait pas non plus aux familles des pérégrins élevés au droit de cité par la grâce du prince, ni aux Latins arrivés au titre de citoyen par les voies spéciales qui leur étaient ouvertes[2]. Ces parvenus du droit de cité, *novi cives*, ne jouissaient d'aucune dispense, s'ils n'avaient en même temps obtenu par privilége spécial les *droits de famille, jura cognationis*[3]. Telle était la loi Julia.

Cette règle conserva toujours sa force pour les cognations serviles; mais en ce qui concernait les Latins ou pérégrins nouvellement admis au droit de cité, elle était destinée à s'effacer peu à peu. — Nerva lui porta la première atteinte. Il établit que les enfants succédant à leur mère et les mères succédant à leurs enfants ne payeraient aucun vingtième, quoique avec le nom de citoyens romains ils n'eussent pas reçu les droits de famille. Il décida de même pour les fils qui succéderaient à leur père, pourvu qu'ils fussent sous la puissance paternelle[4]. Ce dernier point demande explication. Pline présente

plus durs impôts: « Graviora vectigalia abolevit aut minuit. (Suet., *in Nerone*, c. 10.) Mais ces réformes ne paraissent pas s'être étendues à la *vicesima;* elles ne regardent que le cinquantième du prix des marchandises, principalement des esclaves, et les autres exactions illicites. Cette interprétation se trouve confirmée par un passage de Tacite (*Ann.*, lib. XIII, cap. 51) : « Manet tamen abolitio quadragesimæ, quinquagesimæque, et quæ alia exactionibus illicitis nomina publicani invenerunt. »

[1] Pr. 1, *De serv. cogn.* : « Illud certum est, ad serviles cognationes illam partem edicti, qua proximitatis nomine bonorum possessio promittitur, non pertinere; *nam nec ulla antiqua lege talis cognatio computabatur.* » (Inst., III, tit. 7.)

[2] V. Gaius, I, § 96. — Ulp., reg. III.

[3] « Novi seu per Latium in civitatem, seu beneficio principis venissent, nisi simul cognationis jura impetrassent, alienissimi habebantur quibus conjunctissimi fuerant. » (Plin., *Panegyr.*, 37.)

[4] « Igitur pater tuus sanxit ut quod ex matris ad liberos, ex liberorum bonis pervenisset ad matrem, etiamsi cognationum jura non recepissent, quum civitatem adipiscerentur, ejus vicesimam ne darent. Eamdem immunitatem in paternis bonis filio tribuit, si modo redactus esset in patris potestatem. » (Plin., *ibid.*)

Digitized by Google

ce qui fut décidé pour le fils comme une innovation; en effet, c'en était une. La *redactio in patriam potestatem*, accordée par l'empereur en même temps que le droit de cité, ne faisait point que le *connubium* eût existé précédemment entre le père et la mère, et n'avait pas par conséquent pour effet d'établir entre le père et le fils cette cognation légitime, qui, seule, était dispensée par la loi Julia[1]. Nerva décida que la *redactio in patriam potestatem* suffirait pour faire dispenser le fils de l'impôt.

2° *Trajan.*

Le fils adoptif de Nerva se montra encore plus favorable aux *novi cives.* Il dispensa de l'impôt le père succédant à son fils, et décida que le fils serait aussi toujours dispensé de l'impôt par rapport à la succession de son père, retranchant ainsi la réserve mise par Nerva, « si modo redactus esset in patriam » potestatem[2]. » Il dispensa même de l'impôt le frère succédant à la sœur, et réciproquement, le petit-fils ou la petite-fille succédant à leur aïeul ou aïeule, et réciproquement[3]. En un mot, Trajan dispensa de l'impôt toutes les personnes comprises dans les *decem personæ.*

Cette remarque a son importance; elle semble nous indiquer la portée de l'exception faite par la loi Julia en faveur des proches parents. Il s'agit, en effet, d'étendre aux *novi cives* l'exception faite par certains parents. De quels parents s'occupait-on? De ceux qui rentraient dans la classe des *decem personæ.*

[1] Le *connubium* produit la *patria potestas.* (Gaius, I, §§ 56, 57, 88.) Mais il ne s'ensuit pas que la *patria potestas* puisse faire exister rétroactivement le *connubium.* Le fr. 46, au Dig., *De adopt.* (I, 7), prouve bien qu'il n'en était pas ainsi : « In servitute mea quæsitus mihi filius in potestatem meam redigi beneficio principis potest, libertinum tamen eum manere non dubitatur. »

[2] « ..... Adde quod, quum divus Nerva sanxisset, ut in paternis bonis liberi necessitate vicesimæ solverentur, congruens erat eamdem immunitatem parentes in liberorum bonis obtinere. Cur enim posteris amplior honor quam majoribus haberetur? Curve non retro quoque recurreret æquitas eadem? Tu quidem, Cæsar, illam exceptionem removisti, si modo filius in potestate patris fuisset, intuitus, opinor, vim legemque naturæ, quæ semper in ditione parentum esse liberos jussit, nec uti inter pecudes, sic inter homines potestatem et imperium valentioribus dedit. » (Plin., *Panegyr.*, 38.)

[3] « Nec vero contentus primum cognationis gradum abstulisse vicesimæ, secundum quoque exemit, cavitque ut in sororis bonis frater, et contra, in patris soror, atque avus, avia in neptis nepotisque, et invicem illi, servarentur immunes. » (Plin., *Panegyr.*, 39.)

Digitized by Google

C'est donc à cette classe de personnes que s'était appliquée la dispense.

Trajan étendit le bénéfice de ces dispositions à ceux qui avaient hérité avant l'édit, et n'avaient point encore acquitté l'impôt [1].

Cet empereur fit encore d'autres réformes : 1° Il détermina à nouveau quelles successions devraient être considérées comme pauvres, et en conséquence dispensées de l'impôt. Il est vraisemblable que Trajan se montra plus généreux qu'Auguste, et qu'il étendit plus loin l'exemption de l'impôt. Mais dans quelle mesure? Nous ne pouvons rien dire de certain. Pline (*Paneg.*, c. 40) dit seulement ceci : « Statuit enim communis omnium parens summam, quæ publicanum pati possit. » 2° Trajan défendit aux publicains de s'immiscer dans les funérailles [2].

On va voir que les successeurs de Trajan cherchèrent à regagner les avantages perdus.

3° *Adrien.*

Au règne d'Adrien se rapportent un rescrit et un édit relatifs à notre sujet.

Le rescrit a peu d'importance. Emprunté au jurisconsulte Macer, dans son commentaire sur la *vicesima*, il forme au Digeste le 37e fragment du titre *De religiosis*. D'après ce rescrit, les dépenses faites pour orner un tombeau de colonnades ne devaient point jouir de l'immunité accordée aux frais funéraires [3].

L'édit contenait des dispositions beaucoup plus importantes. Il se composait de deux parties.

L'une se rapportait à l'immunité que Nerva et Trajan avaient accordée aux *citoyens nouveaux* créés par la grâce impériale [4]. Nerva, nous l'avons vu, n'avait dispensé les enfants de payer

[1] Plin., *Panegyr.*, 40 : « Additum est ut qui ejusmodi ex causis in diem edicti vicesimam deberent, nondum tamen intulissent, non inferrent. »

[2] Plin., *ibid.* : « Carebit onere vicesimæ parva et exilis hereditas; et si ita gratus heres volet, tota sepulcro, tota funeri serviet : nemo observator, nemo castigator adsistet..... »

[3] « Monumentum autem sepulchri id esse, divus Hadrianus rescripsit, quod monumenti, id est, causa muniendi ejus loci factum sit, in quo corpus impositum sit. Itaque si amplum quid ædificari testator jusserit, veluti in circuitum porticationis, eos sumptus funeris causa non esse. » (Fr. 37, § 1, D., XI, 7.)

[4] Aussi Gaius parlant de l'édit d'Adrien s'exprime-t-il ainsi : « ..... Quod proposuit de his qui sibi liberisque suis ab eo civitatem Romanam petebant. » (I, § 56.)

Digitized by Google

la *vicesima* pour la succession de leur père que s'ils étaient *in patris potestate.* Mais Trajan avait supprimé cette condition, Adrien la rétablit, et décide que la *redactio in patriam potestatem* n'aura lieu qu'en connaissance de cause, après mûr examen, surtout lorsqu'il s'agit d'enfants impubères et absents [1].

La seconde partie de l'édit d'Adrien établit pour les héritiers un moyen prompt et efficace de se faire mettre en possession des choses héréditaires. L'héritier qui présenterait un testament régulier en la forme, et le ferait ouvrir conformément à la loi, devait, d'après l'édit, être immédiatement envoyé en possession [2], et cela lors même que le testament serait attaqué comme faux, révoqué ou inutile [3]. Cette disposition se rattachait à l'impôt sur les successions. Justinien nous dit que l'édit fut rendu *sub occasione vicesimæ partis hæreditatis* [4]. — Mais comment s'y rattachait-elle? Il est probable que l'envoi en possession était subordonné au payement de l'impôt; l'édit eut pour but de provoquer ce payement. Auparavant, la perception de l'impôt se trouvait souvent soumise à des retards fâcheux pour le fisc; s'il s'engageait un procès sur la validité du testament, sur la capacité de l'héritier, etc., elle était ajournée jusqu'à sa solution. Adrien voulut remédier à cet inconvénient. L'héritier inscrit pourra toujours demander la *missio in possessionem*, alors même qu'on alléguerait que le testament est faux, pourvu

[1] Gaius, I, § 93 : « Si peregrinus cum filiis suis civitate Romana donatus fuerit, non aliter filii in potestate ejus fiunt quam si imperator eos in potestatem redegerit : quod ita demum is facit, si, causa cognita, æstimaverint hoc filiis expedire : diligentius atque exactius vero causam cognoscit de impuberibus absentibusque et hæc ita edicto divi Hadriani significantur. »

[2] On lit dans la constitution de Justinien, *De edicto div. Had. tollendo*, l. 3 : « Antiquitatis nihilominus et aliis omnibus quæ circa repletionem vel interpretationem ejusdem edicti promulgata sunt, sancimus, ut si quis ex asse vel ex parte institutus, competenti judici testamentum ostenderit non cancellatum, neque abolitum, neque ex quacunque suæ formæ parte vitiatum sed quod in prima figura sine omni vituperatione appareat, et depositionibus testium legitimi numeri vallatum sit, mittatur quidem in possessionem..... » — Et Paul, d'un autre côté, nous dit : « In eo testamento quod nec ut oportuit oblatum, nec publice recitatum est, heres scriptus in possessionem mitti frustra desiderat. » (Paul., *Sentent.*, III, V, § 17.)

[3] Paul., *Sent.*, lib. III, tit. V, § 14 : « Sive falsum, sive ruptum, sive irritum dicatur esse testamentum, salva eorum disceptatione, scriptus heres in possessionem mitti desiderat. »

La loi 3, *De edicto div. Had. toll.* commence ainsi : « Edicto divi Hadriani quod sub occasione vicesimæ partis hæreditatis introductum est. »

Digitized by Google

que l'impôt soit immédiatement payé. La *missio in possessionem* ayant pour but d'assurer une prompte perception de l'impôt, il était naturel de décider qu'elle ne pourrait être demandée que dans un certain délai. Aussi voyons-nous qu'elle devait être demandée dans l'année[1], c'est-à-dire dans la période nécessaire pour l'accomplissement de l'*usucapio lucrativa* (Gaius, II, §§ 52, 53). L'année une fois écoulée, l'héritier institué n'avait point perdu tous ses droits; Adrien supprima même l'*usucapio lucrativa.* (Gaius, *id.*, § 57.) Mais l'héritier n'ayant plus le bénéfice de l'envoi en possession avait à se porter demandeur, par une action en pétition d'hérédité, contre celui qui aurait pris possession[2].

L'accélération qu'Adrien avait principalement en vue aurait été compromise, si un appel avait pu être interjeté contre l'ordonnance d'ouverture du testament ou la *missio in possessionem.* Adrien défendit cet appel[3]. Une amende de 20 livres d'or fut même prononcée plus tard contre le juge qui souffrirait l'appel et les parties qui l'interjeteraient[4].

La législation se montre ainsi très-préoccupée des retards que pourrait susciter le mécontentement d'une famille écartée par le testament[5].

[1] Paul., *Sent.*, lib. III, tit. VI, § 16 : « Scriptus heres, ut statim in possessionem mittatur, jure desiderat : hoc post annum impetrare non poterit. »

[2] Il en était ainsi, même dans l'année, pour les choses que le défunt n'avait pas possédées *mortis tempore.* (Paul., *Sent.*, III, 5, 18.)

[3] Fr. 7, pr., *De appellat. recip. vel non* (D., XLIX, 5) : « Si res dilationem non recipiat, non permittitur appellare, ne vel testamentum aperiatur, ut divus Hadrianus constituit....., neve scriptus heres in possessionem inducatur. »

[4] *Cod. Theod.*, XI, tit. XXXVI, 26. Impp. Gratianus, Valentianus, et Theodosius ad Hypatium : « Quisquis, ne voluntas diem functi testamento scripta reseretur, vel ne hi quos scriptos patuerit, heredes edicti per divum Hadrianum conditi beneficium consequantur, ausus fuerit provocare, interpositamque appellationem cujus de ea re notio erit, recipiendam esse crediderit, viginti librarum auri mulctæ, et litigatorem qui tam importune appellaverit, et judicem qui tam ignave conniventiam adhibuerit, involvat. »

[5] Ce danger sert de texte à une amplification oratoire que les recherches de Mai ont rendue à la lumière : « Filius exheredatum se suspicabitur? postulabit ne patris tabulæ aperiantur. Idem filia postulabit, nepos, abnepos, frater, consobrinus, patruus, avunculus, amita, matertera, omnia necessitudinum nomina hoc privilegium invadent, ut tabulas aperiri vetent, ipsi possessione jure sanguinis fruantur. Causa denique Romam emissa, quid eveniet? Heredes scripti navigabunt, exheredati autem in possessione remanebunt,

Digitized by Google

L'édit d'Adrien supposait un testament écrit. Mais ses dispositions furent, selon toute apparence, étendues au testament oral. La possession de biens *secundum tabulas* pouvait être demandée aussi bien en vertu d'un testament oral que d'un testament écrit. (L. 2, *de bonor. possess. secund. tab.* C. VI, 11.) Il y a donc lieu de penser qu'on fut admis aussi bien dans un cas que dans l'autre à obtenir la *missio in possessionem ex edicto divi Hadriani.*

4° *Caracalla.*

Sous cet empereur, l'impôt sur les successions prit de nouvelles proportions.

Du vingtième l'impôt fut porté au dixième, et étendu à toutes les donations en général[1]. Les dispenses qui avaient été accordées à raison de la parenté furent abolies. Enfin, le titre de citoyen, conféré à tous les provinciaux, étendit sur l'empire entier un impôt qui, jusque-là, n'avait guère atteint que l'Italie[2].

5° *Macrin.*

Le successeur de Caracalla se montra plus modéré que lui. L'impôt fut ramené au taux du vingtième[3]. Macrin se souvenait sans doute de ce précepte de Tibère, que nous rapporte Suétone : « Boni pastoris esse tondere oves, non deglubere (in Tiber., c. 32).

A partir de l'empereur Macrin, l'impôt sur les successions ne paraît avoir subi aucune modification importante, jusqu'au moment où il disparut. Il reste à rechercher le moment et les causes de sa suppression. C'est le côté le plus obscur du sujet.

Il est certain que l'impôt était encore en vigueur sous Valens,

diem de die ducent dilationes petentes, fora variis excusationibus trahent. Hiemps est, et crudum mare hibernum est, adesse non potuit. Ubi hiemps præterierit, vernæ tempestates incertæ et dubiæ moratæ sunt. Ver exactum est? Æstas est calida, et sol navigantes urit, et homo nauseat, aut volnus sequitur : poma culpabuntur et languor excusabitur. » (*Frontonis opp.*, éd. Francf., II, 277-278.)

[1] On peut présumer qu'avant Caracalla les donations à cause de mort, qui sous tant de rapports furent assimilées aux legs, furent comme eux assujetties à l'impôt. Mais rien n'indique qu'avant Caracalla les autres donations y aient été soumises. A partir de Caracalla, il paraît en avoir été autrement, car Dion nous dit que le dixième fut exigé : ὑπὲρ δωρεᾶς πάσης. (Dio, LXXVII, 9.)

[2] La concession aux *peregrini* du titre de citoyen fut une mesure fiscale. C'est le but que Dion lui attribue. (Dio, LXXVI.)

[3] Dio, LXXVIII, 12.

Digitized by Google

car une inscription, qui se rapporte au règne de cet empereur, donne à un certain Vocontius le titre de *Procurator XX hæreditatium*[1].

On ne sait, au juste, combien de temps l'impôt survécut à Valens, et par qui il fut aboli.

Suivant Alciat, l'impôt du vingtième aurait été supprimé par l'empereur Gratien. Alciat se fonde sur un passage d'Ausone, qui, en louant la bienfaisance de Gratien, le félicite d'avoir surpassé Trajan et les Antonins. Alciat, voyant que Trajan avait allégé sous certains rapports l'impôt des successions, en conclut que Gratien l'abolit tout à fait[2]. Cette opinion d'Alciat est trop hasardée pour qu'on puisse l'admettre. Dans le passage d'Ausone, cité par Alciat, il ne s'agit que de remises faites par Gratien, de reliquats d'impôts, *de condonatis residuis tributorum*. Tout ce qu'on pourrait en conclure, c'est que Gratien, comme Trajan, fit remise de leur dette à ceux qui n'avaient point acquitté l'impôt sur les successions. Encore rien n'autorise-t-il à supposer une mesure particulière à la *vicesima hæreditatium*. Ausone parle d'une manière générale de remises de l'arriéré des impôts.

Rien donc ne prouve que la *vicesima hæreditatium* ait été aboli par Gratien. On pourrait même croire quelle lui survécut longtemps. Plus d'un siècle après, sous l'empereur Justin, on trouve une loi qui pourrait être regardée comme une preuve de son maintien. La loi Julia, nous l'avons vu, avait dispensé les successions *des pauvres*, c'est-à-dire, selon toute apparence, les successions au-dessous de 100,000 sesterces. Or, nous voyons au Code une constitution de Justin, qui, reproduisant cette distinction, traite d'une manière particulière les successions au-dessous de *centum aurei*, somme qui, au temps de

[1] Gruter, 286, 4.

[2] Alciat., lib. III, *Dispunct.*, cap. 6. — Voici le passage d'Ausone sur lequel il se fonde. « Vel illud unum cujusmodi est *de condonatis residuis tributorum*? Quod tu quam cumulata bonitate fecisti? Quis unquam imperatorum hoc provinciis suis aut uberiore te indulgentia dedit, aut certiore securitate prospexit, aut prudentia certiore munivit? Fecerat et Trajanus olim : sed partibus retentis non habebat tantam oblectationem concessi debiti portio quanta suberat amaritudo servati. Et Antoninus indulserat sed imperii non beneficii successor invidit, qui ea documentis tabulisque populi condonata repetivit. » (Auson., *ad Gratian. imperat. discipulum grat. act. proconsul.*, n° 406.)

Digitized by Google

Justin, avait remplacé dans la législation celle de 100,000 sesterces[1]. Cette constitution de Justin, si elle se rapportait à l'impôt des successions, prouverait qu'au temps de cet empereur il existait encore; mais elle semble plutôt avoir eu trait à d'autres règles pour lesquelles il était aussi tenu compte de l'importance de la succession.

Dans tous les cas, l'impôt sur les successions ne survécut pas à Justinien. Dans la loi 3 au Code *de edicto divi Had. tollendo* (VI, 33), Justinien abolit l'édit rendu par Adrien, à l'occasion de la *vicesima*, *sub occasione vicesimæ*, édit dont il a été parlé plus haut (V. p. 511). Et il en donne pour motif que l'édit fait naître une foule de difficultés, parce que l'impôt du vingtième, auquel se rattache cet édit, a disparu, *quia et vicesima hæreditatis ex nostra recessit republica.* Cujas, se fondant sur ce texte, a pensé que l'impôt avait été aboli par Justinien lui-même[2]. Il faudrait effectivement rapporter à cette époque l'abolition de la *vicesima*, si la constitution de Justin, citée plus haut, y avait trait. Mais si, comme je l'ai pensé, elle ne s'y applique point, toute induction nous manque pour déterminer exactement l'époque de ce changement. Il est peu probable qu'il soit dû à Justinien. Cet empereur ne manquait point de revendiquer à toute occasion le mérite des innovations dont il était l'auteur.

On se demande comment le fisc romain put se priver de cette ressource à une époque où le Code Théodosien nous le montre aux abois, à une époque où il est réduit à écraser la propriété foncière sous des charges qui amènent l'abandon de la culture et la désolation des populations rurales. L'explication est peut-être dans le système même qui produisit ces charges excessives. Je suis porté à croire que l'impôt des successions disparut, parce qu'on le fondit dans l'impôt annuel. On demanda à la propriété ce qu'on cessait de puiser de ce côté. Ce fut la conséquence, je le répète, d'un système bien mal inspiré, mais qui se dessine dans toute la législation fiscale du temps. L'empire en vint à reverser successivement sur la propriété foncière tout

[1] L. 23, C., *De test.*, VI, 23. — Justinien nous dit positivement que l'*aureus* était compté pour 1,000 sesterces. « Sic enim legis Papia summam interpretati sumus, ut pro mille sesterciis unus aureus computetur. » (§ 3, *De success. libert.*, Inst., III, 7.)

[2] Cujas., *ad leg.* 17, *De verb. signif.*, D.

Digitized by Google

le poids des charges publiques. L'assiette savante qui avait été donnée à l'impôt foncier présentait des facilités de recouvrement qui séduisirent. On vit là, sans doute, une simplification; idée funeste, qui eut les plus désastreuses conséquences. On tarissait ainsi la richesse, qui est la source de toutes les autres.

La *vicesima* n'existait donc plus quand les barbares s'établirent sur les ruines de l'empire romain. Eût-elle existé encore, elle ne se serait pas maintenue, puisque tout le régime fiscal de l'empire fut alors bouleversé.

Au moyen âge on voit renaître des droits de mutation. Mais ils ne viennent point d'une tradition romaine. Ils tirent leur raison du système féodal. La propriété tenue d'un seigneur doit être reprise de lui toutes les fois qu'elle change de possesseur, car ce n'est en quelque sorte qu'un usufruit qui se renouvelle. De là ces droits de relief, de quint, de lods et vente, qui se percevaient sur les fiefs et les censives. Le produit de ces droits ne restait point entièrement aux mains des seigneurs, une bonne partie allait au fisc royal; car, de diverses manières, le domaine était entré en possession d'une immense quantité de censives et de fiefs. Mais le trésor royal ne prélevait ce tribut que sur les terres relevant du roi, à l'un ou l'autre de ces titres.

Les besoins de l'État firent au dernier siècle imaginer un droit de mutation d'une portée bien plus large, l'impôt du centième denier. Son établissement fut une des mesures fiscales que nécessitèrent les désastres de la fin du règne de Louis XIV. En juillet 1704, tous actes translatifs de propriétés immobilières furent assujettis à une insinuation donnant lieu à une taxe du centième de la valeur. Les mutations par succession testamentaire ou *ab intestat* furent soumises à une déclaration servant de base à un droit semblable. Les successions ou donations en ligne directe furent exceptées.

Tel est le vrai point de départ des droits de mutation qui forment aujourd'hui une des plus riches ressources de l'État. L'impôt qui frappe les successions n'a point le caractère spécial qu'avait la *vicesima* des Romains. Il n'y en a pas moins un rapport de ressemblance. Il serait intéressant de pousser plus loin le rapprochement, et de comparer dans ses détails l'organisation donnée à cet impôt par le droit romain et par le nôtre. Il serait intéressant de voir comment ont été résolues, par l'un et l'autre droit, tant de questions délicates qu'un tel impôt fait

Digitized by Google

naître. Malheureusement nous manquons des éléments de comparaison.

Le peu que nous savons des règles relatives à la *vicesima* ne permet autre chose qu'un rapprochement superficiel, que le lecteur est en état de faire lui-même. Le droit romain n'apporte point ici le secours précieux que nous y trouvons pour tant d'autres matières de notre propre droit. L. M. DE VALROGER.

DES EXCUSES EN DROIT CRIMINEL.

Par M. Arthur Desjardins, avocat à la Cour impériale de Paris, docteur en droit.

PREMIER ARTICLE.

I.

La théorie des excuses est une des moins étudiées et des plus intéressantes de notre législation pénale.

Qu'est-ce qu'une excuse dans la langue du droit criminel? Car il n'y a pas *excuse*, comme on pourrait le croire, toutes les fois que les tribunaux criminels atténuent ou suppriment la peine.

Cet homme doit être emprisonné pour dettes; un officier public l'arrête. La justice vient d'ordonner une saisie; un officier public l'exécute. La Cour d'assises a condamné à mort un assassin, un parricide, un empoisonneur; le sang coule sur la place publique. Il y a là violation de la liberté, violation de la propriété, homicide; mais quel homicide et quelle violation? La loi parle, et l'agent de l'autorité s'avance pour obéir. Est-ce une *excuse*, cet ordre de la loi? Non, sans doute, car cet agent de l'autorité c'est la loi vivante, et la loi n'a pas besoin de s'excuser. La société ne peut pas dire à ses agents : Vous m'avez obéi, donc je vous *excuse*. Elle leur dit : Vous qui m'avez obéi, je vous *justifie*. De même pour la légitime défense. La légitimité de la défense est-elle hors de doute? L'acte commis en état de légitime défense est conforme au droit. Voilà une première classe de faits qu'on peut appeler *justificatifs*. Descendons d'un degré. Des faits justificatifs passons aux faits non imputables.

Digitized by Google

L'imputabilité peut disparaître sans que la loi *justifie* l'acte. Voici un vol, un viol, un meurtre ; c'est un fou qui l'a commis. Le fou n'a plus la conscience de son action, mais la loi ne la déclare pas conforme au droit. Cet homme n'est pas coupable, parce qu'il n'avait ni sa raison morale ni sa liberté; mais il n'est pas justifié. Même remarque pour les actes commis en état d'ivresse, si l'ivresse est *accidentelle* et altère complétement la liberté, ou pour les actes commis en état de somnambulisme, puisque la justice humaine n'a ni les moyens, ni le besoin, ni le droit de s'enquérir des actions commises pendant le sommeil.

Dans ces diverses hypothèses, il n'y a pas encore d'*excuse*. J'ai procédé par élimination. Pourquoi mettre à part les cas de non-imputabilité? Ma réponse est simple : L'*excuse* suppose l'imputabilité. Mais parmi les circonstances qui peuvent entraîner soit une diminution, soit une exemption de peine, les unes sont déterminées par la loi, les autres par le juge. Or, si la langue du droit criminel est bien faite, la diversité des mots marque la diversité des idées. On réserve le nom d'*excuses* aux circonstances absolutoires ou atténuantes prévues et déterminées par la loi. C'est le langage de notre droit pénal français, et ce langage est parfaitement conforme aux données de la science.

Les excuses, comme on le voit, sont absolutoires ou atténuantes.

Ces deux mots liés ensemble : « excuse absolutoire, » emporteraient contradiction, si la législation pénale pouvait être fondée sur l'idée de justice absolue. Mais l'intérêt social doit se combiner avec la justice. Là où la nécessité de frapper disparaît, la société n'a plus le droit de frapper. Voilà le germe de l'excuse absolutoire.

Mais il importe de bien limiter le sens du mot. M. Ortolan, dans ses *Éléments de droit pénal*, veut diviser les excuses en deux classes; les unes influeraient sur la *culpabilité absolue*, les autres sur la *culpabilité individuelle*. L'excuse de la minorité par exemple, qui s'applique indistinctement à tous les mineurs de seize ans, influe sur la culpabilité abstraite ou absolue; au contraire, quand le législateur édicte une peine et laisse au juge une certaine latitude pour l'application de cette peine aux cas spéciaux, si le juge applique le *minimum*, les faits de nature à provoquer cette indulgence devraient, d'après l'éminent

Digitized by Google

criminaliste, être rangés parmi les cas d'excuse. Le sens du mot, à notre avis, doit être encore plus restreint. Si la loi punit un délit d'un emprisonnement qui varie de deux ans à cinq ans, le juge, qu'il applique le *maximum* ou le *minimum* de la peine, applique purement et simplement la loi. Ces prétendus cas d'excuse auraient plutôt quelque analogie avec les circonstances atténuantes; le juge reste maître d'adoucir ou non la pénalité. Dans les cas d'excuse, il n'en est pas de même; si le fait est constant, la loi parle, et le juge obéit.

On voit que le législateur a deux partis à prendre.

Il peut, en déterminant lui-même les cas où la peine doit être atténuée ou supprimée, multiplier les cas d'excuse.

Il peut se fier plus complétement au juge, et renoncer à fixer les cas d'excuse ou les fixer avec une très-grande réserve.

Ainsi une législation républicaine qui confère le pouvoir judiciaire, au grand criminel, à des juges citoyens, entendra laisser au jury la plus grande latitude, et ne songera guère à organiser un système d'excuses. Au contraire, une législation monarchique, conçue dans un autre esprit, se fiera moins au pouvoir judiciaire. Ceux qui participent à l'exercice de ce pouvoir ne statueront que sur un fait prévu par la loi.

Toutefois, cette réflexion ne s'applique pas aux temps où le droit criminel n'est pas encore régularisé par la codification. Rien de plus évident. Comme on ne conçoit pas un système où la même peine serait inflexiblement appliquée à tous les cas du même délit, malgré les nuances diverses de la culpabilité, le juge, aux époques antérieures à la codification, sera nécessairement investi d'un immense pouvoir. Que si, par hasard, un statut vient régler un point spécial du droit criminel, l'influence des habitudes générales de la législation pénale se fera sentir encore, et le juge sera rarement abstreint à conformer sa sentence au texte inévitable de la loi. Cependant, même à ces époques, on pourra trouver dans quelques règlements particuliers l'ébauche d'une théorie des excuses.

II.

Je dirai quelques mots des excuses dans notre ancien droit français et dans les lois de la révolution.

Les peines étaient de trois sortes dans notre ancien droit

Digitized by Google

criminel : 1° légales ; 2° fondées sur l'usage ; 3° arbitraires [1].

Peines légales. Jousse pose d'abord cette règle, que les juges ne peuvent augmenter ni diminuer les peines légales ; puis il déclare que la loi laisse la *proportion* de la peine à l'arbitrage des juges. Ceux-ci « peuvent, selon les circonstances de chaque » action et suivant l'atrocité ou la légèreté du crime, augmenter » ou diminuer la peine, et la faire passer, pour ainsi dire, par » tous les différents degrés qu'il y a entre l'absolution et la » peine établie par la loi. »

Peines fondées sur l'usage. La femme qui assassinait son mari était « condamnée à mort, à avoir le poing coupé, son corps » mort brûlé et les cendres jetées au vent. » C'était là une peine *fondée sur l'usage.* Jousse n'est pas moins explicite : « Quoique » ces peines soient déterminées par l'usage, et qu'elles soient » fondées sur le droit commun du royaume, néanmoins les » juges ne sont pas tellement assujettis à cet usage qu'ils ne » puissent les augmenter ou diminuer. »

Peines arbitraires. Cette fois, le doute n'était pas possible : « Les juges peuvent, dans tous ces cas qui n'ont pas été prévus » par la loi, et pour lesquels il n'y a aucun usage constant, im- » poser, suivant les différentes circonstances et la nature du » délit, la peine qu'ils jugent convenable, soit corporelle ou » pécuniaire, pourvu que cette peine soit du nombre de celles » qui sont en usage dans le royaume. » Jousse n'énonce pas d'autres restrictions.

Mais les juges étaient-ils astreints à suivre quelque texte législatif lorsqu'ils atténuaient ou supprimaient la peine? Allons-nous trouver le germe d'une théorie des excuses dans notre ancien droit ?

On rencontrerait difficilement le mot lui-même chez nos vieux criminalistes. A coup sûr, la distinction scientifique des excuses et des circonstances atténuantes n'était pas encore faite. Néanmoins il faut remarquer que, même à cette époque, les criminalistes cherchaient toujours à fonder, sur un texte précis, le droit, pour le juge, de faire disparaître ou d'adoucir la peine. On invoque la Novelle 74 pour atténuer la peine des crimes commis « dans la passion de l'amour. » C'est en analysant la loi 28 *de pœnis*, que Bartole écrivait : « *Nobiles ex con-*

[1] C'est la division de Jousse.

Digitized by Google

» *suetudine non suspenduntur nec patiuntur viles pœnas.* » Si « de toutes amendes estans en loi, les femmes n'en doivent » que la moitié [1], » c'est que l'article 460 de la coutume d'Orléans a prescrit cette règle. C'est au nom du droit romain qu'on établissait quatre catégories au point de vue de la pénalité (1° *Infantes, infantiæ proximi;* 2° *Pubertati proximi;* 3° *Minores XXV annis;* 4° *Majores XXV annis*), bien que cette division fût absolument étrangère à la législation criminelle des Romains. On s'appuyait sur l'article 6 de l'édit d'Amboise, de janvier 1566, pour déclarer qu'il y avait lieu de modérer la rigueur des peines, lorsque les huissiers auxquels aurait été faite la rébellion ne se seraient point eux-mêmes mis en règle en procédant à l'exécution des jugements. On se demandait s'il fallait exempter de la peine de la confiscation les suicides qui se commettent par l'effet d'un grand chagrin; et, pour l'affirmative, on s'appuyait sur la loi 3, § 4, *de bonis eorum qui ante sententiam,* et sur la coutume de Normandie (art. 149, ch. 9), comme, pour la négative, on invoquait les capitulaires de Charlemagne (L. VI, c. 70) et le chapitre 88 des Établissements de saint Louis. Enfin, pour introduire une excuse absolutoire au profit de la femme qui vole son mari, du fils de famille qui vole ses père et mère, de l'héritier qui vole son cohéritier, de l'associé qui vole son coassocié, on invoquait la loi 1 *de actione rerum amotarum,* la loi 16 *de furtis,* la loi 3 Cod. *familiæ erciscundæ* et la loi 51 *pro sociis.* Dans un état monarchique, même avant la codification, les juges, forcés d'atténuer la peine, cherchent à justifier cet excès d'audace en montrant leur pouvoir consacré par les textes, même quand les textes n'y ont pas songé. D'ailleurs, en ce qui concerne les lois du Digeste et du Code, c'était une habitude invétérée chez les magistrats et les jurisconsultes que de plier aux usages et aux choses de leur temps les règles législatives faites pour la société romaine.

Arrivons aux lois de la révolution.

Nous trouvons dans le Code pénal de 1791 deux cas d'excuses absolutoires (art. 25 de la section 3 du titre 1er, 2e partie; art. 16 de la section 1re du titre 2, 2e partie) et deux cas d'excuses atténuantes : la minorité de seize ans, la provocation violente en cas de meurtre.

[1] Loysel, *Institutes coutumières,* liv. VI, tit. 2.

Digitized by Google

Le Code pénal de 1791 s'exprime ainsi : « Lorsque le meurtre » sera la suite d'une provocation violente, sans toutefois que le » fait puisse être qualifié homicide légitime, il pourra être dé- » claré excusable, et la peine sera de dix années de gêne. La » provocation par injures verbales ne pourra, en aucun cas, » être admise comme excuse de meurtre. »

La discussion du 4 juin 1791 à l'Assemblée nationale donne quelques éclaircissements sur cet article et sur la théorie générale des excuses organisée par la Constituante.

Lanjuinais ayant critiqué l'abolition des lettres de grâce, il lui fut répondu que le droit de miséricorde existait dans la nouvelle législation criminelle. On rappela que l'homicide involontaire donnait lieu jadis aux lettres de grâce, mais que l'usage en devenait inutile, puisque la première question proposée aux jurés était : « Le fait a-t-il été commis volontairement, » et qu'un verdict négatif entraînait un acquittement. L'homme qui tue volontairement, mais pour se défendre, est encore absous par la seule déclaration du jury. La question de savoir si le fait a été commis par négligence ou par imprudence est proposée au jury d'accusation, et sur une déclaration affirmative, l'accusé est renvoyé au tribunal correctionnel : « Épuisons tous les cas, » poursuit l'orateur. Un homme a pu être tué volontairement ; » il a été tué sans imprudence ; mais cependant il a existé dans » le fait quelques circonstances atténuantes : *par exemple*, » *l'homme qui a donné la mort a été provoqué d'une manière* » *grave*..... Il est coupable, mais il l'est moins que celui qui a » tué de dessein prémédité. Aussi existe-t-il dans notre Code » pénal une disposition particulière, parce qu'il a existé dans le » fait quelques circonstances qui en atténuaient la gravité.

» Poussons plus loin les hypothèses et parcourons toutes les » objections. On dit que l'homme a pu être tué sans que le fait » eût été accompagné d'aucune des circonstances dont je viens » de parler, mais que cependant l'accusé peut encore être sous » certains égards *excusable ; que les grands services qu'il a ren-* » *dus à la patrie peuvent faire pardonner la fougue d'un tempé-* » *rament violent*. Eh bien, notre loi criminelle prévoit encore » ces inconvénients, et, après que toutes les questions précé- » dentes ont été posées et soumises aux jurés, on vient encore » leur dire : Descendez dans votre cœur ; voyez dans toutes les » circonstances du crime s'il existe un motif d'*excuse*.

Digitized by Google

» C'est là qu'est exercé, au nom de la société, le droit de miséricorde, mais une miséricorde raisonnable et réfléchie. »

Malouet s'écria que lorsque les jurés avaient déclaré le délit excusable, c'était là le moment d'appliquer le droit de miséricorde, et demanda qu'après la déclaration d'excusabilité l'accusé fût renvoyé par-devant le roi. D'après Lepelletier, il y avait deux réponses fort simples à faire à la proposition de Malouet; l'une était l'article de la loi sur la procédure par jurés, portant que : « Quand le jury aura répondu *excusable*, le juge prononcera que l'accusé est innocent; » l'autre, c'est que la justice devant être rendue au nom du roi, il en résultait que le tribunal en prononçant *l'accusé est acquitté* prononce réellement ce jugement au nom du roi. L'amendement de Malouet fut rejeté.

Il y a, en définitive, deux sortes d'excuses dans le langage des lois criminelles de la Constituante [1] :

1° Dans certains cas prévus par la loi, la peine est nécessairement atténuée ou supprimée;

2° Dans certains cas non prévus par la loi, le jury pourra déclarer l'excusabilité. Comme la Constituante, au grand criminel, établit des peines non susceptibles d'atténuation, la conséquence est claire : ces excuses auront, comme le dit l'instruction, l'effet des *lettres de grâce*.

Le Code de brumaire an IV est, avant tout, un Code d'instruction criminelle. Néanmoins, l'interprétation du système général de cette loi sur les excuses souleva de graves difficultés.

Les deux textes fondamentaux étaient l'article 374 et l'article 646.

Article 374. (Il s'agit des questions qu'on pose au jury.) « La » première question tend essentiellement à savoir si le fait qui » forme l'objet de l'accusation est constant ou non;

» La seconde, si l'accusé est ou non convaincu de l'avoir » commis ou d'y avoir coopéré.

» Viennent ensuite les questions qui, sur la moralité du fait et » le plus ou le moins de gravité du délit, résultent de l'acte d'accusation, de la défense de l'accusé ou du débat.

» Le président les pose dans l'ordre dans lequel les jurés » doivent en délibérer, en commençant par les plus favorables » à l'accusé. »

[1] Cf. la loi du 16 septembre 1791 et l'instruction du 29 septembre 1791.

Digitized by Google

De la manière dont les tribunaux criminels doivent prononcer lorsque les accusés sont déclarés excusables par les jurés.

Article 646. Lorsque le jury a déclaré que le fait de l'excuse » proposée par l'accusé est prouvé, s'il s'agit d'un meurtre, le » tribunal criminel prononce ainsi qu'il est réglé par l'article 9 » de la section première du titre 2 de la seconde partie du Code » pénal.

» S'il s'agit de tout autre délit, le tribunal réduit la peine éta- » blie par la loi à une punition correctionnelle, qui, en aucun » cas, ne peut excéder deux années d'emprisonnement. »

Or, à notre avis, voici ce qui résulte de ces textes :

1° Le jury aura les mêmes questions à résoudre qu'avant la promulgation du nouveau Code ;

2° Le Code des délits et des peines fixe et maintient formellement le texte du Code pénal de 1791, relatif à l'excuse de la provocation ;

3° Mais l'article 646 va plus loin ; il généralise cet adoucissement de peines toutes les fois qu'il s'agit d'un meurtre et que le fait de l'*excuse* proposée par l'accusé est prouvé ;

4° Le Code des délits et des peines, comblant une lacune, déroge au principe de la fixité des peines au grand criminel, toutes les fois que, pour un délit quelconque, le fait d'excuse est admis par le jury. La déclaration d'excusabilité n'a plus l'effet des *lettres de grâce*. Le tribunal réduit la peine établie par la loi à une punition correctionnelle.

Une circulaire ministérielle, du 22 février an V, développa la théorie contenue dans les articles 374 et 646 du nouveau Code. Elle s'attachait surtout à bien établir la distinction entre la question de l'excuse et la question intentionnelle. « L'effet » d'une déclaration favorable sur celle-ci, dit le ministre, est » de rendre l'accusé à la société, et sur la première, d'atténuer » seulement le délit et d'alléger la punition. »

Mais la circulaire ministérielle restreignit le sens du mot excuse ; l'article 646 sainement entendu, il n'y avait plus d'excuse absolutoire.

Cependant deux grandes questions divisèrent les interprètes.

A qui appartenait-il de prononcer la déclaration d'excusabilité? Au jury ou aux juges? Le tribunal de cassation, par des jugements du 24 ventôse an VI et du 27 floréal an VIII, conférait ce droit aux jurés, et c'était la première opinion de Merlin.

Digitized by Google

Plus tard, Merlin changea d'avis. Cependant le texte de la loi de brumaire ne prêtait guère à la controverse. L'article 646 du Code des délits et des peines était précédé de cette rubrique : « De » la manière dont les tribunaux criminels doivent prononcer » lorsque les accusés sont déclarés excusables par le *jury*. » L'article 646 lui-même ajoutait : « Lorsque le *jury* a déclaré » que le fait de l'excuse proposée par l'accusé est prouvé, etc., » et semblait bien réserver purement et simplement aux juges le droit de *réduire la peine*, conformément aux lois. La circulaire ministérielle du 22 frimaire an V était conçue dans le même sens : « La question de l'excuse doit être présentée *au jury*, » et lorsqu'elle est admise, les tribunaux prononcent, etc. »

Cependant le Code des délits et des peines conférait au jury les plus larges pouvoirs d'appréciation. Les accusés, profitant d'un pareil système, proposèrent comme excuses toutes les circonstances imaginables dans lesquelles ils crurent apercevoir un effet atténuant. Merlin en arrive à proposer comme moyens d'excuse la fragilité du sexe, les grands talents, la haute naissance, etc. Les tribunaux suivirent à l'envi cette interprétation, si bien qu'en 1808 un jurisconsulte écrivait : « L'expérience a » prouvé comment à la faveur de ces deux questions d'inten- » tion et d'excuse on pouvait absoudre tous les coupables. » La multiplicité, l'insignifiance, la contradiction, quelquefois même (suivant le texte des arrêts de cassation) l'ineptie ou l'immoralité des faits invoqués comme atténuants firent revenir sur ces premiers pas[1]. La Cour de cassation cessa de prendre en considération la nature des pouvoirs conférés au jury et l'esprit du Code de brumaire an IV. Le 6 ventôse an IX, elle déclara qu'on ne pouvait proposer au jury d'autres motifs d'excuse que les faits déclarés *tels* par la loi. Dès lors elle persista dans cette jurisprudence. Les menaces, l'influence personnelle, l'ivresse, la provocation en cas de vol, la circonstance de domesticité, etc., ne peuvent, d'après la Cour suprême, constituer des cas d'excuse (6 ventôse an IX, 15 thermidor an XII, 14 août 1807).

Cette jurisprudence aboutit à deux résultats au moment de la codification impériale :

1° Une théorie des excuses fut législativement organisée. Pas d'excuse en dehors des cas prévus par la loi (art. 65 p.);

[1] Cf. Cass. 16 frim. an IX.

Digitized by Google

2° Le jury, dans le cas d'excuse, dut résoudre simplement cette question : Tel fait est-il constant? La déclaration d'excusabilité appartint aux magistrats. Du reste, ce second point perdait son importance. Autrefois reconnaître ce droit au jury, c'était lui conférer le pouvoir d'attacher arbitrairement la déclaration d'excusabilité à la circonstance la plus insignifiante. Désormais les jurés statuent sur un fait prévu par la loi, et les magistrats appliquent la loi. ARTHUR DESJARDINS.

(*La suite à une prochaine livraison.*)

DU CONSEIL D'ÉTAT EN 1859.

Par M. Éd. DE BARTHÉLEMY.

Nous n'avons pas l'intention d'entreprendre aujourd'hui l'histoire du Conseil d'État, c'est-à-dire des conseils du roi, sujet qui a été traité avec une remarquable distinction dans la *Revue contemporaine*, et surtout d'une manière trop complète pour qu'il soit nécessaire de s'y arrêter de nouveau. Notre projet seulement est de raconter la transformation opérée par la révolution de 1789 dans ce corps éminent, ses successives modifications; d'apprécier les services qu'il a rendus, et d'étudier rapidement ses attributions et son organisation. Quelques mots sont cependant indispensables pour faire connaître, sommairement au moins, son origine; mais, nous le répétons, nous n'insisterons pas, et nous nous plaisons à renvoyer ceux qui voudraient de plus amples détails au consciencieux travail de M. de Vidaillan.

L'origine du Conseil d'État est étroitement liée à l'origine de la royauté et dès la première race de nos rois, quand ceux-ci réunissaient entre leurs mains la triple autorité du législateur, du juge et de l'administrateur, ils avaient près d'eux un conseil qui les accompagnait dans tous leurs voyages. Plus tard, l'influence directe du prince s'amoindrit et disparut presque entièrement par l'affaiblissement rapide du pouvoir royal à la fin de la dynastie des Carlovingiens, et par l'accroissement simultané de l'indépendance des barons, qui, se constituant souverains dans leurs seigneuries, denièrent la supériorité

Digitized by Google

royale. Les premiers successeurs de Hugues-Capet cependant ne tardèrent pas à ressaisir une partie de l'utile influence qui leur échappait. Les questions litigieuses n'étant plus pour ainsi dire de leur compétence, le Conseil n'avait à s'occuper que des questions administratives et législatives. Saint Louis seul parvint, par sa haute sagesse, à lui faire recouvrer toutes ses attributions anciennes; et cette réaction s'opéra même avec une si grande rapidité, que le Conseil du roi fut obligé de fixer quatre époques de l'année pendant lesquelles il jugerait exclusivement les procès des particuliers : ce furent les *parlements* de la Toussaint, de la Chandeleur, de Pâques et de l'Ascension. Le Conseil formait alors deux sections : la chambre des enquêtes, chargée de rechercher la vérité à l'aide des preuves de toute nature, et la chambre, depuis appelée la grand'chambre, qui jugeait soit sur le plaidoyer des avocats, soit sur les rapports des enquesteurs. Dans les intervalles des parlements, le Conseil reprenait ses fonctions purement législatives et administratives, bien que même pendant la session les membres pussent être consultés par le roi pour les questions pressantes. Philippe le Bel le premier comprit les inconvénients qui provenaient et du caractère politique donné à des magistrats qui devaient demeurer simplement des fonctionnaires judiciaires, et des voyages auxquels ils étaient soumis pour suivre la Cour, et qui contraignaient les plaideurs à se déplacer eux-mêmes et à faire des frais inutiles et souvent considérables. Dans ce but il décida, par l'article 62 de l'ordonnance du 23 mars 1302, qu'à l'avenir deux parlements se tiendraient chaque année, à Paris, pour la commodité de ses sujets et l'expédition des affaires. Dès lors, la scission était nettement tracée : « Ayant esté, dit Pasquier, » le parlement arrêté dans la ville capitale de France, le roi » dégarni de son ancien Conseil, pour avoir voulu en ac- » commoder ses sujets, cette nouvelle police donna achemine- » ment à une autre, d'autant qu'il fut nécessaire au prince » d'avoir gens autour de lui pour lui donner conseil aux affaires. » Ces personnages estoient pris, tant du corps du parlement » que des princes et grands seigneurs, selon les faveurs qu'ils » avoient de leurs maistres. Ce Conseil est tantôt appelé Con- » seil secret, tantôt Conseil étroit [1], » plus souvent grand Con-

[1] *Recherches sur la France*, chap. 6.

Digitized by Google

seil, dont la majorité des membres devaient suivre le souverain partout où il allait. En outre, quand le roi voulait s'entourer de plus nombreuses lumières sur des questions de haute administration, il réunissait des conseillers ordinaires, des membres du parlement, de la Cour des comptes, des prélats, des barons, des bourgeois; quelquefois encore le roi se rendait avec le personnel de son Conseil soit au parlement, soit à la Cour des comptes, et délibérait ainsi avec les membres de ces diverses juridictions.

Après les désordres de toutes sortes, causés par l'invasion anglaise et la longue guerre du XIVe siècle, et du commencement du XVe, Charles VII donna à son Conseil des attributions qui empiétèrent singulièrement sur celles du parlement. Les États généraux, aussitôt après l'avénement de Charles VIII, se plaignirent des nombreuses *évocations* faites à ce Conseil. Placé dans l'obligation ou de ne pas se rendre à ces observations, ou de supprimer la plus grande partie de ce corps et de mécontenter ainsi de nombreux individus, le roi accueillit avec empressement une mesure qui semblait tout concilier, et constitua *le grand Conseil* qui conserva jusqu'à la révolution les attributions contre lesquelles les États généraux s'étaient prononcés. Charles VIII ne garda près de lui qu'un très-petit nombre de conseillers formant le Conseil privé ou d'État, qui ne devait traiter que des affaires publiques et politiques, mais qui ne tarda pas à sortir des limites qui lui étaient tracées. Nous nous arrêtons, car si nous nous laissions entraîner, nous donnerions ici un extrait du beau livre de M. de Vidaillan, ce qui serait un hors d'œuvre pour un grand nombre de nos lecteurs, et ce qui, dans tous les cas, nous conduirait trop loin. Nous franchirons donc sans nous arrêter le long espace de temps qui sépare le règne de Charles VIII de l'année 1788, et nous donnerons simplement le détail de la composition du Conseil du roi à cette époque extrême de la vieille monarchie.

Le Conseil du roi se divisait en grand Conseil, en Conseil d'État ou Conseil d'en haut et en Conseil du roi proprement dit. Le grand Conseil était celui fondé par Charles VIII, et qui, évoquant en dernier ressort toutes les questions administratives et judiciaires, était un véritable tribunal suprême des conflits, et exerçait la plupart des attributions décernées actuellement à la Cour de cassation; ses charges étaient héréditaires. Le Con-

Digitized by Google

seil d'État ou d'en haut était un Conseil politique spécialement destiné à s'occuper des affaires dites étrangères, et composé d'un très-petit nombre de membres qui avaient rang de ministres d'État. Enfin, le Conseil du roi proprement dit se subdivisait en quatre Conseils distincts des dépêches, des finances, du commerce et des parties; ce dernier chargé de toutes les affaires contentieuses entre particuliers. Le Conseil des dépêches portait ce nom parce que les décisions qui s'y prenaient étaient renfermées dans des *dépêches* contre-signées par le secrétaire d'État duquel l'affaire ressortait. On y traitait le contentieux des provinces, la police générale et l'administration. Les titres des trois autres comités indiquent suffisamment la nature des questions qui y étaient élaborées, sans qu'il soit nécessaire d'insister davantage. A cette époque un grand nombre de personnages étaient revêtus du titre de Conseillers d'État, sans pour cela avoir aucunes fonctions. Le roi désignait ceux qui appartenaient réellement au service actif du Conseil et se trouvaient, comme aujourd'hui, répartis entre les divers comités. Les maîtres des requêtes, dont le nombre varia plusieurs fois, étaient pareillement divisés et faisaient les rapports dans leurs conseils respectifs. On choisissait habituellement les intendants des provinces parmi les maîtres des requêtes, et les conseillers d'État parmi les intendants.

Comme on le voit, il existait une grande intimité entre les deux pouvoirs administratif et judiciaire, et si, sous un certain point de vue, d'heureux résultats pouvaient naître de cette combinaison qui mettait les fonctionnaires de ces deux ordres en continuels rapports, ces rapports mêmes provoquaient de nombreux conflits, multipliaient les empiétements des juridictions les unes sur les autres, et donnaient une regrettable durée aux procès pour lesquels il y avait alors tant de moyens de perpétuer les incidents. Ce fut une des plus heureuses inspirations de l'assemblée constituante que celle qui la détermina à décider que ces deux pouvoirs seraient à l'avenir parfaitement distincts, « sous peine de forfaiture pour leurs membres [1]. » La Cour de cassation fut créée et reçut toutes les hautes attributions judiciaires du grand Conseil [2]; les comités des départements et de l'assemblée se partagèrent les fonctions des deux autres Con-

[1] Lois des 22 décembre 1789 et 6 juillet 1791.
[2] Loi du 1er décembre 1790.

Digitized by Google

seils et des intendances[1]. En quelques jours il ne demeura rien de l'ancienne organisation. Les noms du grand Conseil, du Conseil des finances et de celui des dépêches subsistèrent cependant jusqu'au 27 avril 1791, qu'une loi renvoya à l'autorité judiciaire toutes les affaires pendantes devant ces comités, et supprima les conseillers d'État et les maîtres des requêtes. Le roi et ses ministres seuls constituèrent dès lors un prétendu Conseil d'État, « où il devait être traité de l'exercice de la puis-» sance royale approuvant ou refusant les décrets du Corps » législatif, et discuté : 1° les invitations au Corps législatif de » prendre en considération les objets qui pourraient contribuer » à l'activité du gouvernement et à la bonté de son administra-» tion ; 2° les plans généraux des négociations politiques ; 3° les » dispositions générales des campagnes de guerre ; 4° les dif-» ficultés concernant les affaires dont la connaissance apparte-» nait au pouvoir exécutif, tant à l'égard des objets dont les » corps administratifs étaient chargés sous l'autorité du roi, » que sur toutes les autres parties de l'administration générale ; » 5° les motifs qui pouvaient nécessiter l'annulation des actes » irréguliers des corps constitués et la suspension de leurs » membres, conformément aux lois ; 6° les proclamations » royales, les questions de compétence entre les départements » ministériels et toutes les autres ayant pour objet des forces » ou secours, réclamés d'une section du ministère à l'autre[2]. »

Cette organisation subsista peu. Un décret du 12 germinal an II substitua des commissaires aux ministres, et bientôt l'article 151 de la constitution du directoire en rétablissant les ministres leur défendit de se réunir en Conseil. Durant ces tristes années, les bureaux furent les véritables maîtres des affaires.

I.

La constitution de l'an VIII ne maintint pas heureusement ce déplorable état de choses, et rétablit un Conseil d'État qui, quoique ne conservant qu'une faible partie des attributions de ses devanciers, renoua du moins en quelque sorte la chaîne du passé à celle de la société nouvelle. L'article 52 pose que « sous » la direction des consuls un Conseil d'État est chargé de rédi

[1] Lois des 6 et 11 septembre 1790.
[2] Loi du 25 mai 1791.

Digitized by Google

» ger les projets de lois et les règlements d'administration pu-
» blique, et de résoudre les difficultés qui s'élèvent en matière
» administrative. » Le 5 nivôse suivant, les consuls expliquaient le sens de cette institution dans un assez long décret où l'on remarque l'article 11. « Le Conseil d'État développe le sens des
» lois sur le renvoi qui lui est fait, par les consuls, des ques-
» tions qui lui ont été présentées. Il prononce d'après un sem-
» blable renvoi : 1° sur les conflits qui peuvent s'élever entre
» l'administration et les tribunaux ; 2° sur les affaires conten-
» tieuses, dont la décision était précédemment remise aux
» ministres. » Le nouveau gouvernement comprenait dès le début toute l'importance que devait acquérir ce haut Conseil, et, sans plus tarder, voulut agrandir dans de larges proportions le champ ouvert à ses attributions, puisque, par le droit de développer le sens des lois, le Conseil d'État arrivait à la puissance législative. De la sorte il se trouvait en France une assemblée sérieuse et digne de confiance, qui était à la fois chargée de conserver les traditions, de mettre dans les lois et règlements l'unité d'esprit et de maximes, et de chercher dans les affaires relatives à plusieurs ministères, en embrassant des intérêts publics et privés, les moyens de concilier ces intérêts et de remédier aux inconvénients inévitables de la division des affaires entre plusieurs départements ministériels. La manière dont le premier consul composa ce corps éminent, qui ne comprenait alors que des conseillers, offrait toutes les garanties désirables. Les premiers membres furent MM. Barbé de Marbois, Saint-Cyr, le général Bernadotte, Portalis, Thibaudeau, François de Nantes, Shée et Joseph Bonaparte. Ce furent eux qui eurent la mission si difficile, et cependant si grandement accomplie, de rétablir dans le pays l'ordre qui en semblait banni, et de reconstituer l'organisation administrative si rudement ébranlée. Un sénatus-consulte du 18 thermidor an IX divisa le Conseil d'État en six sections, fixa le nombre des conseillers à vingt-cinq au moins, et appela les ministres à prendre part à ses délibérations. Un autre sénatus-consulte, du 28 floréal an XII, témoigna d'une façon éclatante de la haute estime que le chef de l'État accordait à cette assemblée, puisqu'il créa des conseillers à vie [1], faveur qui pouvait être acquise après cinq ans seulement

[1] Ces conseillers, après le rétablissement des titres, furent de droit comtes de l'empire viagèrement.

Digitized by Google

d'exercice. Mais c'est à ce moment aussi que le Conseil d'État accomplissait avec un rare éclat la tâche qui lui était imposée. C'est dans ces premières années qu'il débrouilla le chaos des ordonnances, des décrets, des arrêts, des lois qui s'accumulaient et se contredisaient sans cesse depuis 1789. C'est alors que Bigot de Préameneu, Tronchet, de Malleville, Portalis, Cambacérès venaient de publier ce magnifique Code civil, que toutes les nations allaient bientôt imiter et copier. Les affaires courantes grossissaient cependant sans cesse, et bientôt les travaux immenses du Conseil et la forme de ses délibérations générales ne permirent plus aux sections de suivre, dans leurs détails, la préparation des affaires contentieuses. L'empereur, qui chaque jour aussi sentait grandir sa confiance pour ce corps, en réalité l'une de ses principales créations, comprit que le moment était venu d'apporter de profondes modifications à son organisation, pour lui permettre de faire plus et plus vite. Le décret du 11 juin 1806 eut pour but ce grand changement; l'empereur conserva les deux services, ordinaire et extraordinaire des conseillers, se réservant, comme auparavant, d'en arrêter lui-même la liste le premier jour de chaque trimestre, preuve évidente du désir qu'il avait de bien connaître les hommes auxquels il voulait en quelque sorte abandonner les détails de l'administration intérieure de l'empire. Un service également ordinaire et extraordinaire de maître des requêtes était créé « pour faire le rapport de toutes les affaires contentieuses sur lesquelles le Conseil d'État prononce, de quelque » manière qu'il en soit saisi, à l'exception de celles qui concernent la liquidation de la dette publique et des domaines » nationaux, dont les rapports continueront à être faits par les » conseillers chargés de ces deux parties d'administration publique. Ils pourront en outre prendre part à la discussion de » toutes les affaires portées au Conseil. Dans les affaires contentieuses, la voix du maître des requêtes, rapporteur, sera » comptée. » De plus, l'empereur conservait les auditeurs qui avaient été créés par un arrêté consulaire du 18 germinal an XI; enfin il instituait une commission spéciale du contentieux, présidée par le grand juge, et un corps d'avocats ayant seuls le droit de signer les requêtes présentées au Conseil, et nommés par le souverain. Peu après parut un nouveau décret déterminant les formes de l'instruction et de la procédure con-

Digitized by Google

tentieuse, œuvre devenue indispensable depuis qu'en vertu de la précédente décision la connaissance des affaires de haute police administrative et des contestations relatives aux marchés passés avec les ministres étaient entrés dans la compétence du Conseil.

L'empereur ne devait pas s'en tenir là; il y avait encore une réforme à opérer, ou plutôt une institution à développer, dont l'utilité ne devait pas lui échapper longtemps. Nous voulons parler de l'extension donnée à l'auditorat, vaste pépinière dans laquelle Napoléon Ier puisait ces fonctionnaires jeunes et distingués, si nombreux alors dans l'administration française. Le décret du 26 décembre 1808 créa deux classes d'auditeurs; les uns, au nombre de quarante, remplissant les fonctions déterminées par l'arrêté consulaire du 19 germinal an XI; les autres, au nombre de cent vingt, attachés à diverses administrations; ils devaient être encore augmentés et atteindre le nombre de quatre cents avant la fin de l'empire, mais nous n'en parlerons pas plus longuement aujourd'hui, nous proposant d'étudier prochainement ce sujet d'une manière spéciale.

Avec une organisation semblable, il est moins permis de s'étonner des remarquables résultats administratifs de l'empire, surtout si on se souvient aussi que Napoléon se plaisait à prendre part aux travaux du Conseil, à y discuter lui-même les questions, s'y présentant souvent inopinément et défendant expressément qu'on changeât rien à l'ordre du jour. La présence du chef de l'État imprimait une salutaire émulation dans les travaux, élevait la discussion et donnait lieu au souverain lui-même de prendre des mesures dont il aurait sans doute ignoré l'utilité ou l'importance au milieu des préoccupations de toutes sortes dont il était alors assailli. Le Conseil d'État était le seul pouvoir dont l'empereur fît un cas sérieux et auquel il aimait à soumettre lui-même les affaires difficiles. Ce ne fut pas aussi sans un certain étonnement qu'on lut dans le *Moniteur* du 11 septembre 1808 une note officielle déclarant que le Conseil aurait place après le sénat et avant le Corps législatif. Comme l'a dit M. le vicomte de Cormenin, sous la direction de Napoléon le Conseil d'État exerçait des fonctions de Conseil de justice, de police et de législation. Il était l'âme de l'administration, la source des lois et le flambeau de l'empire. L'histoire du gouvernement intérieur de la France impériale se résume dans l'histoire du Conseil d'État. Quoique privé de tout pouvoir

Digitized by Google

qui lui fût propre, il prenait une part si grande, si continue, si intime à tous les actes du gouvernement; il était si étroitement mêlé à toutes les modifications et à tous les perfectionnements apportés alors aux rouages de la grande machine de l'État, qu'il se trouvait de fait, sinon de droit, le premier corps de l'empire. Placé en réalité au-dessus des ministres dont il était moins le conseil que le juge, chargé de la préparation des lois dont il devait seul développer les motifs devant le Corps législatif, appelé à délibérer les avis que le souverain promulguait pour leur interprétation, il résumait dans son sein les divers services intérieurs et constituait le couronnement de la grande réorganisation administrative à laquelle Napoléon Ier ne cessa de consacrer le temps que lui laissaient les guerres, les inquiétudes de la politique et les embarras de la diplomatie. Nous ne pouvons résister au désir de rapporter ici le brillant tableau que M. de Cormenin a tracé du Conseil d'État, convaincu que nos lecteurs le verront reproduit avec plaisir :

« Il était le siége du gouvernement et l'aîné de l'empereur. Ses auditeurs, sous le nom d'intendants, assouplissaient les pays subjugués. Ses ministres d'État, sous le nom de présidents de section, contrôlaient les actes des ministres à portefeuille. Ses conseillers en service ordinaire, sous le nom d'orateurs du gouvernement, soutenaient les discussions des lois au Tribunat, au Sénat, au Corps législatif. Ses conseillers en service extraordinaire, sous le nom de directeurs généraux, administraient toutes les régies des douanes, des domaines, des droits réunis, des ponts et chaussées, de l'amortissement, des forêts et du trésor; levaient des impôts sur les provinces de l'Illyrie, de la Hollande et de l'Espagne; dictaient nos Codes à Turin, à Rome, à Naples, à Hambourg, et allaient organiser à la française des principautés, des duchés et des royaumes.

» A toutes les grandes époques, le génie qui organise et qui commande devine, attire et féconde le génie qui sert et obéit. Il semble que, par une sorte d'instinct sympathique, ils se rapprochent pour se confondre. Les turbulents tribuns, ces hommes dont les tourmentes de la révolution avaient usé les organes, cédaient, en grondant, à l'attraction de l'empereur. Napoléon les avait éblouis de ses victoires et comme absorbés dans sa force. Les esprits, las des impuissances de la liberté, n'aspiraient plus qu'à se défendre dans un repos plein de grandeur

Digitized by Google

et d'éclat. Le Conseil d'État reproduisait à leurs yeux les luttes animées de la tribune dans ses graves séances, où les débats n'étaient pas sans mouvement et la parole sans empire. C'était là qu'à la voix de Napoléon toutes les illustrations civiles et militaires de la révolution semblaient s'être donné rendez-vous.

» Là brillaient Cambacérès, le plus didactique des législateurs et le plus habile des présidents; Tronchet, le plus savant des jurisconsultes de l'Europe; Treilhard, le plus nerveux dialecticien du Conseil; Portalis, célèbre par son éloquence; Ségur, par les grâces de son esprit; Allent, par la profondeur de ses connaissances; Zangiacomi, par la concision tranchante de sa parole; Dudon, par son érudition administrative; Chauvelin, étincelant de saillies; Cuvier, tête forte et universelle; Pasquier, si fluide; Boulay, si judicieux; Bérenger, si serré, si incisif, si spirituel; Berlier, si profond et si abondant; de Gérando, si versé dans la science du droit administratif; Andréossi, dans l'art du génie, et Saint-Cyr, dans la stratégie militaire; Regnauld de Saint-Jean-d'Angély, orateur brillant, publiciste consommé, travailleur infatigable; Bernadotte, depuis roi de Suède, et Jourdan, le vainqueur de Fleurus[1]. »

II.

La Charte de 1814 ne parle pas du Conseil d'État : un grand changement devait nécessairement se faire sentir dans ses attributions et amoindrir son influence; la responsabilité ministérielle, qui est une conséquence inséparable du gouvernement représentatif, détruisait virtuellement l'autorité d'une assemblée destinée jusqu'alors à élaborer des actes auxquels les ministres étaient tenus de se soumettre, sans en avoir le plus souvent eu préalablement connaissance. Le préambule de l'ordonnance royale du 23 août 1815 exprime clairement cette pensée, car on y lit qu'elle a été rendue « sur le compte qui » nous a été fait de la nécessité de mettre l'organisation et les » attributions de notre Conseil d'État en harmonie avec les

[1] Sous l'empire, le personnel des hauts membres du Conseil varia fréquemment : il devait y avoir quarante conseillers et vingt maîtres des requêtes en service ordinaire; le service extraordinaire varia de dix à dix-neuf conseillers et de onze à trente-huit maîtres. En l'absence de l'empereur, le prince archichancelier avait la présidence. Souvent les membres de la famille impériale venaient également assister aux séances.

Digitized by Google

» formes de notre gouvernement et avec le caractère d'unité et » de solidarité que nous avons jugé à propos de donner à notre » ministère. » Le rétablissement de la liberté de discussion dans les deux Chambres enlevait au Conseil d'État ses attributions législatives : pendant un instant même on put craindre sa disparition complète, tant était vive l'ardeur de ceux qui avaient à se venger contre lui d'anciennes rancunes depuis longtemps accumulées. Le gouvernement, cependant, ne commit pas cette faute, mais procéda à une réorganisation qui ne pouvait pas durer, et dans laquelle on reconnaissait aisément les souvenirs du passé, la forte empreinte de l'époque impériale et les traces des embarras causés par le système représentatif. L'ordonnance royale du 29 juin 1814 créa vingt-cinq conseillers d'État et cinquante maîtres des requêtes en service ordinaire, quinze conseillers et vingt-trois maîtres surnuméraires ou en service extraordinaire, quarante conseillers et maîtres des requêtes honoraires; de plus, le roi se réservait la faculté de nommer des conseillers d'épée et d'Église. Les auditeurs étaient supprimés; il n'y avait plus que cinq comités : de législation, du contentieux, de l'intérieur, des finances et du commerce. Le comité du contentieux rendait des *arrêts* qui devaient être soumis à la sanction du roi; mais le conseil des ministres, qui reprenait le nom de conseil d'en haut, pouvait *évoquer* certaines affaires contentieuses. Tandis que sous l'empire les sections du Conseil étaient complétement indépendantes des ministres qu'elles contrôlaient, l'article 11 de l'ordonnance du 29 juin 1814 les subordonnait à la présidence et aux ordres des secrétaires d'État. Ce Conseil d'État ne se réunit pas une seule fois en assemblée générale [1], et ne fonctionna que dans ses comités. On eut le temps cependant de reconnaître les inconvénients de cette mauvaise organisation. Durant les cent-jours, l'ancien ordre de choses fut naturellement rétabli, et à la seconde restauration, le roi, comprenant qu'il fallait faire de plus larges emprunts à l'institution impériale, opéra la réorganisation nouvelle du Conseil sur de visibles réminiscences par l'ordonnance du 23 août 1815. Il n'y eut plus que deux services : le service ordinaire, comprenant au plus trente conseillers et quarante maîtres des requêtes, répartis entre les comités de législation, du contentieux, des

[1] Cormenin, *Droit administratif*, t. I, chap. 1.

Digitized by Google

finances, de l'intérieur et du commerce, de la marine et des colonies; le service extraordinaire n'était pas limité, et fut composé au début de vingt-deux conseillers et soixante-dix maîtres; enfin on conservait vingt-deux conseillers honoraires, presque tous choisis parmi des représentants de l'administration antérieure à la révolution. Mais une modification bien autrement importante fut celle contenue dans l'article 14 de l'ordonnance, ainsi conçu : « Les avis du comité du contentieux, rédigés en » forme d'ordonnance, seront délibérés et arrêtés en notre Con- » seil d'État, dont les divers comités se réuniront à cet effet » deux fois par mois, et plus souvent si le besoin des affaires » l'exige. » Et l'article précédent réglait que le comité connaîtrait à l'avenir de tout le contentieux des divers départements ministériels, d'après les attributions assignées à la commission du contentieux par les décrets des 11 juin et 22 juillet 1806. On revenait singulièrement vite aux réminiscences impériales, puisque du même coup on rétablissait la juridiction du comité du contentieux, on rendait le nom d'avis à ses arrêts, on les replaçait sous la sanction du Conseil assemblé, et l'on réinstituait la réunion des comités.

On ne tarda pas à reconnaître les services rendus par le Conseil d'État, en même temps que l'agitation et l'inconstance des Chambres rendaient de plus en plus difficile déjà l'élaboration des lois, qui demandent à être discutées dans le calme et avec impartialité. C'est évidemment ce qui décida l'ordonnance royale du 19 avril 1817, qui, comme sous l'empire, soumit à la délibération préalable du Conseil d'État tous les projets de lois ou de règlements d'administration publique préparés par les comités, et qui étaient ensuite directement portés à la Chambre. Louis XVIII voulait donc que désormais ces projets, sans exception, fussent délibérés dans les comités réunis et tous les ministres convoqués, et qu'en conséquence les ordonnances continssent dans leur préambule ces mots : « Notre Conseil d'État entendu. » La même ordonnance portait création d'un sixième comité, de la guerre, « à cause des bons résultats » qui ont été obtenus des travaux confiés aux différents comi- » tés; » enfin elle instituait pour les questions de gouvernement, de législation ou d'administration d'une haute importance, un conseil particulier appelé « conseil de cabinet, » présidé par le roi ou le président du conseil des ministres,

Digitized by Google

composé de tous les ministres secrétaires d'État, de quatre ministres sans portefeuille au plus, et de deux conseillers d'État désignés chaque fois par le souverain [1]. »

Nous avons encore à enregistrer une ordonnance du gouvernement de la Restauration, qui changea assez complétement l'institution du corps; nous voulons parler de celle du 26 août 1824, qui, tout en maintenant les chiffres admis dans les ordonnances précédentes, recréa trente auditeurs, exigea un serment spécial, fixa un nombre déterminé de membres pour la validité des délibérations, ne laissa que la voix consultative aux conseillers dans les affaires contentieuses dépendantes de leur administration, nomma des vice-présidents de comité, et enfin régla la forme des délibérations particulières et générales. Cette fois aussi le roi mit fin à un abus dont on eut souvent à se plaindre; jusqu'à ce moment la simple omission du nom d'un membre du Conseil sur le tableau arrêté annuellement opérait l'élimination du titulaire. L'ordonnance précitée établit qu'aucun de ces fonctionnaires ne pourrait plus être révoqué qu'en vertu d'une mesure individuelle et spéciale. En même temps on fixait les conditions exigibles pour devenir conseillers, maîtres ou auditeurs. Pour les premiers, il fallait être âgé de trente ans au moins et avoir été pair, député, ambassadeur ou ministre plénipotentiaire, grand maître de l'Université, archevêque ou évêque, premier président ou procureur général, officier général ou intendant des armées de terre et de mer, directeur général, maître des requêtes ou préfet. Pour les seconds, être âgé de vingt-sept ans au moins et avoir été pendant cinq ans au moins président, conseiller ou avocat général en Cours royales, conseiller de l'instruction publique, secrétaire général de ministère, président ou procureur du roi d'un tribunal composé de trois chambres, colonel ou capitaine de vaisseau, ou sous-intendant de première classe, administrateur d'une régie financière, commissaire général de marine, inspecteur général des ponts et chaussées, finances et constructions navales, consul général, premier secrétaire d'ambassade, maire de bonne ville, auditeur de première classe. Pour être auditeur il fallait avoir vingt et un

[1] L'article 4 de cette ordonnance est ainsi conçu : « Il n'est tenu aucun registre ni note des conseils de cabinet; seulement, toutes les fois qu'un de ces conseils sera réuni, l'avis pris à la majorité des voix sera rédigé et certifié par l'un des ministres responsables y assistant. »

Digitized by Google

ans au moins, être licencié en droit et jouir de 6,000 livres de rente. Pour atteindre la première classe, on exigeait l'âge de vingt-quatre ans et deux ans de fonctions au moins. Malgré toutes les garanties dont était entourée cette éminente compagnie, malgré les noms d'hommes éclairés de tous les partis qui s'y trouvaient confondus, le Conseil d'État ne paraît pas avoir pris sous la Restauration la popularité qu'il méritait. Il fut en but pendant toute cette période aux coups journaliers de la presse et aux assauts parlementaires de la tribune. On alla même jusqu'à nier la légitimité de son existence, parce que la Charte ne le mentionnait pas [1]. Mais ces objections étaient spécieuses. Du moment que le Conseil d'État n'avait pas, même sous l'empire, c'est-à-dire à l'époque la plus brillante, la plus incontestée de sa vie politique, de pouvoir propre, et que le gouvernement de la Restauration n'avait pas le projet de lui en conférer, il n'y avait nul besoin de lui consacrer un article dans la Charte. « Il suffisait, comme l'a dit un savant professeur de droit administratif, que son existence ne fût pas incompatible avec l'ordre de choses établi par la constitution nouvelle. Or, il est évident que, bien loin qu'un conseil, composé d'hommes graves appelés à éclairer le gouvernement de leurs lumières, fût incompatible avec les pouvoirs établis et la responsabilité des ministres, la nature même des choses aurait amené sa création s'il n'eût pas existé, car ses délibérations sont propres à prévenir et à redresser les torts de l'administration. Rien donc n'est plus dénué de fondement que les déclamations faites avant 1830 contre la légalité du Conseil d'État. » Le mauvais vouloir cependant était assez prononcé pour que le gouvernement crut devoir dissimuler, autant que possible, la dépense occasionnée par le Conseil d'État, et qui, lors de la discussion annuelle du budget, n'aurait pas manqué de provoquer des orages dans la chambre. « Le ministre de la justice y parvenait à l'aide de cumuls ingénieusement disposés, si bien qu'il y avait des conseillers d'État ordinaires, en autre lieu fonctionnaires rétribués, qui, sur les fonds du Conseil, ne prenaient, les uns que la moitié, les

[1] Dans la session de 1821, Manuel n'avait pas craint de s'écrier : « Que peut-on espérer de prétendus juges qui n'ont aucune existence légale, d'hommes qui sont à la discrétion absolue des ministres, et qu'à chaque trimestre on peut exclure du Conseil avec autant de facilité qu'on déplace les pièces d'un échiquier ? »

Digitized by Google

autres que le tiers ou le quart de leur traitement[1]. » D'un autre côté le gouvernement contribuait lui-même à entretenir cette sorte de défaveur, en multipliant d'une manière regrettable ces modifications apportées en quelque sorte, chaque année, à la composition du Conseil, en ne donnant pas réellement à ses attributions l'extension reconnue par les ordonnances, et surtout en rendant trop fréquents les changements dans son personnel. Ainsi, vers la fin de la Restauration, l'excellent règlement du 19 avril 1807 était tombé à peu près en désuétude sous les efforts du ministère dont il contrariait singulièrement la liberté d'action. L'ordonnance du 5 novembre 1828 fut rendue spécialement en vue de réprimer cet abus, car on y lit, à l'article 14 : « Tout projet de loi ou d'ordonnance portant règle-
» ment d'administration publique qui aura été préparé dans l'un
» des comités du Conseil d'État, devra ensuite être délibéré en
» assemblée générale, tous les comités réunis et tous les minis-
» tres secrétaires d'État ayant été convoqués. Les ordonnances
» ainsi délibérées pourront seules porter dans leur préambule
» ces mots : Notre Conseil d'État entendu. »

A cette époque on trouve dans le Conseil d'État des noms d'hommes éminents, et parmi eux un assez grand nombre encore des serviteurs distingués de l'empire, comme MM. Allent, Bérenger, Cuvier, de Gérando, Portalis, qui continuaient en quelque sorte la chaîne de la tradition. Parmi les nouveaux venus aux affaires, on remarque dans la liste des conseillers MM. d'Argout, Maillard, de Saint-Chamans, de Salvandy, Villemain, Lepelletier d'Aunay, Alexandre de Laborde, du Hamel, Bertin de Vaux; parmi les maîtres des requêtes, MM. de Cormenin, de Malleville, de Crouseilhes, de la Bouillerie, de Peyronnet, de la Rochefoucauld, Paulze d'Ivoye, de Conny. Nous en citerions un bien plus grand nombre si nous voulions parler des membres de ces deux catégories appartenant au service extraordinaire, mais ayant droit de prendre part aux travaux des comités et aux délibérations du Conseil, nous enregistrerions alors les noms de Mgr de Chéverus, de MM. Mounier, Zangiacomi, Becquey, de Pastoret, Siméon, Deffaudis, de Boubers, Delaire et d'autres encore, qui ne contribuèrent pas peu à rendre au Conseil de son ancien éclat, et à donner à ses tra-

[1] Cormenin, *Droit administratif*.

Digitized by Google

vaux une nouvelle et profonde impulsion, malgré le mauvais vouloir qui venait si malencontreusement en entraver la marche.

III.

Il ne vint pas dans la pensée des hommes qui saisirent le pouvoir avec la révolution de juillet 1830 de supprimer le Conseil d'État. Ce corps leur semblait, au contraire, une institution digne d'être conservée et surtout d'être améliorée, sans, toutefois, lui rendre l'autorité dont il jouissait au commencement du siècle, et qui aurait été peu en harmonie avec les idées libérales du moment. Il entrait dans les vues du gouvernement de réaliser à l'égard du Conseil les théories développées pendant toute la Restauration par les membres du parti de l'opposition. Dès le 20 août 1830 parut une ordonnance constatant l'utilité de maintenir le Conseil, mais en le réorganisant; et une commission fut nommée pour procéder à cette réforme. Elle se composait de MM. le comte d'Argout, les barons de Fréville et Zangiacomi, Béranger, Devaux, de Vatimesnil, de Rémusat et Macarel, qui devait devenir l'une des lumières de la nouvelle compagnie. Certes, il était difficile de choisir des hommes plus distingués et offrant plus de garanties; mais malheureusement on prenait en même temps une mesure regrettable et contre laquelle s'est élevé avec raison M. de Cormenin. Sans attacher la moindre importance à l'ordonnance du 5 novembre 1828, qui assurait aux membres du Conseil d'État la conservation de leurs fonctions, celle du 20 août 1830 en destitua en masse la plus grande partie. Pour être entièrement juste, nous ajouterons que tous ceux qui furent appelés alors à prendre part aux travaux des comités furent des fonctionnaires d'un vrai mérite; mais on ne saurait néanmoins trop regretter ces mesures violentes qui excitent les animosités, enveniment les haines et enlèvent toujours aux compagnies qui sont ainsi frappées une partie de la considération dont elles jouissent auprès du public. Le gouvernement de juillet, du reste, eut une certaine peine à obtenir l'organisation qu'il désirait, et des projets de loi furent successivement présentés aux sessions de 1834, 1835, 1836, 1840, 1841, 1842, et ne reçurent ni les uns ni les autres la sanction législative. Durant cette longue période, le Conseil fonctionna selon les anciens us, modifiés par les ordonnances royales des 20 août 1830, 2 février, 12 mars, 24 mai 1831,

Digitized by Google

18 septembre 1839 et 19 juin 1840. Le premier de ces actes attribuait la présidence du Conseil au ministre des cultes et de la justice; une autre ordonnance, du 5 février 1838, créait un sixième comité dit des travaux publics, de l'agriculture et du commerce, institution rendue indispensable par l'extension de ces services en France et le développement des voies ferrées. Celle du 18 septembre 1839 était destinée à mettre un terme aux abus qui n'avaient pas manqué de s'introduire pendant une organisation provisoire. D'après ses termes, le Conseil d'État se composait, indépendamment des ministres, de trente conseillers, dont un vice-président, de trente maîtres des requêtes, de quatre-vingts auditeurs en service ordinaire, du garde des sceaux conservant la présidence, et d'un secrétaire général ayant rang de maître des requêtes. Le service extraordinaire était maintenu, mais avec certaines modifications. Il importait que les principaux chefs de service des ministères fussent appelés aux séances du Conseil d'État, pour y représenter le ministre du département auquel ils étaient attachés. Ils y apportaient des renseignements utiles, des connaissances spéciales, et profitaient pareillement des lumières qui ne manquent de jaillir des discussions approfondies du Conseil. Les services publics peuvent en retirer un grand avantage; « mais, comme l'a très-bien exposé, dans son rapport au roi, M. Teste, alors garde des sceaux, pour cela il faut que les fonctionnaires appelés à participer aux travaux du Conseil d'État soient capables en effet d'éclairer les discussions par la pratique élevée des affaires; et, d'un autre côté, il ne faut pas que ceux qui jouissent de cette participation extraordinaire soient en assez grand nombre pour se rendre maître des délibérations, et y faire prévaloir leurs opinions sur celles des membres du service ordinaire, détachés de tout intérêt ministériel. Le Conseil d'État a surtout pour mission de contrôler, de juger l'action des bureaux, et il perdrait ce caractère, il manquerait à cette mission, si les habitudes et les traditions quelquefois exclusives des bureaux parvenaient à le dominer. Or, il pourrait arriver que les membres du service extraordinaire, quoique empêchés par leurs travaux habituels d'assister à toutes les séances, se rencontrassent néanmoins à un jour donné, ne fût-ce que par hasard, en assez grand nombre pour maîtriser les délibérations du service ordinaire. Ils pourraient donc emporter un vote contraire aux

Digitized by Google

traditions et à la jurisprudence de la partie du Conseil d'État qui doit conserver avec le plus de fermeté et de constance l'intégrité des principes et l'esprit de suite dont ce grand corps est le gardien dans l'intérêt de l'unité française. » Pour obvier à cet inconvénient, qui se résumait à fournir à l'administration les moyens de se juger elle-même, l'article 9 de l'ordonnance désignait les fonctionnaires seuls susceptibles de jouir de l'autorisation de prendre part aux travaux du Conseil, savoir : les sous-secrétaires d'État, les membres des conseils administratifs placés auprès des ministères, les directeurs d'une branche de service dans les départements ministériels, les préfets de la Seine et de police ; et l'article 10 ajoutait cette dernière restriction : « Le nombre des conseillers d'État autorisés à participer » aux travaux et délibérations ne pourra excéder les deux tiers » du nombre des conseillers en service ordinaire. » La même sévérité n'était pas observée à l'égard des maîtres des requêtes, parce que leur présence ne pouvait jamais amener l'espèce de désordre que l'on semblait redouter. Quant aux conseillers et maîtres du service extraordinaire non autorisés à participer aux travaux du Conseil, ils constituaient une classe de titulaires choisis parmi les principaux fonctionnaires de l'État, notamment parmi les préfets, et dont le titre était purement honorifique. Enfin les conseillers et maîtres qui cessaient leurs fonctions et prenaient leur retraite, pouvaient être nommés conseillers et maîtres honoraires.

Rien n'était changé par l'ordonnance du 18 septembre 1839 aux attributions du Conseil d'État, qui demeura divisé en cinq comités outre celui du contentieux. On aurait voulu cependant étendre son autorité, sinon comme représentant d'un pouvoir indépendant des ministères, puisque les exigences constitutionnelles le lui refusaient péremptoirement, du moins en lui attribuant la délégation de la justice en matière administrative. Cette proposition se trouvait formulée dans le projet de loi qui fut présenté à la session législative de 1840. La majorité de la commission chargée de l'examen à la Chambre des députés, adopta ces conclusions, et son savant rapporteur, M. Dalloz, les fit valoir avec une haute autorité. Nous ne croyons pas devoir taire les raisons exposées par cet éminent jurisconsulte, d'autant qu'elles résument nettement cette question controversée : « Le contentieux de l'administration est à l'administration pro-

Digitized by Google

prement dite, ce qu'un droit écrit dans une loi ou dans un contrat est à un simple intérêt. Quand le gouvernement, dans sa marche, ne froisse que des intérêts, comme par exemple lorsqu'il change la direction d'une route qui féconde les propriétés riveraines et enrichit certains établissements, quand il refuse d'autoriser une société anonyme, ou quand il autorise l'acceptation d'un legs pieux, malgré les réclamations de la famille du testateur, ceux dont l'intérêt est blessé par ces mesures et autres du même genre peuvent sans doute adresser à l'administration des représentations et des prières, mais ils n'ont aucune action, parce qu'ils n'exercent aucun droit, et le gouvernement doit demeurer seul arbitre du sort de la réclamation qui lui est adressée. Mais quand au lieu de toucher à un intérêt, l'administration attente à un droit privé, dérivant d'une loi ou d'un contrat; quand, par exemple, elle usurpe la propriété d'un particulier, quand elle lui refuse l'exécution d'un marché qu'elle a passé avec lui pour fournitures ou pour travaux publics, quand elle le frappe d'un impôt que la loi n'a pas autorisé, on le condamne à une amende qu'il n'a pas encourue; dans ces divers cas et dans tant d'autres semblables, il y a, non pas seulement faculté de représentation et de prière, mais droit légal de réclamation, principe incontestable de réclamation judiciaire. Ce n'est plus chose de simple administration, comme dans la première hypothèse; c'est ici affaire de justice. Or toute justice appelle un juge, et la raison, comme l'équité, ne permet pas que ce juge soit l'une des deux parties. Quand Montesquieu, en parlant de la Constitution d'Angleterre, dit « qu'il n'y a point de liberté si le pouvoir de juger n'est pas séparé de la puissance législative et de l'exécutive, » l'auteur de l'*Esprit des lois* pose une règle absolue, d'autant moins susceptible de la plus légère restriction sous un gouvernement représentatif, qu'à ses yeux, et comme il l'indique d'abord, le droit de juger ne peut jamais appartenir au prince dans un État monarchique. Aussi les articles 48 et 49 de la Charte, qui exigent que *toute* justice soit déléguée, ne distinguent pas entre la justice ordinaire et la justice relative au contentieux administratif. S'il est permis de douter que ces dispositions aient entendu exiger toujours et sans exception l'inamovibilité du juge, il n'est pas douteux, du moins d'après leurs termes, qu'elles ont voulu dans tous les cas la délégation de la justice. On ne peut objecter que la justice

Digitized by Google

administrative n'est pas susceptible de délégation, puisque nous la voyons déléguée à la Cour des comptes, au conseil royal de l'Université, aux conseils de préfecture, aux ministres, aux commissions spéciales, en un mot à toutes les autorités administratives, sauf l'exception unique du Conseil d'État. » L'opposition soulevée par cette théorie fut vive et l'emporta : dans l'ordonnance du 18 septembre 1839, le gouvernement avait purement et simplement maintenu les fonctions consultatives du Conseil d'État en ne donnant à ses actes, même en matière contentieuse, que le seul caractère d'avis. Le projet de loi de 1840 fut repoussé par ceux qui soutenaient que du silence gardé par la Charte il fallait conclure qu'elle voulait laisser à la couronne la justice contentieuse, et qui, de plus, faisaient ressortir les embarras graves que ne manquerait pas de soulever un corps en quelque sorte souverain et indépendant, chargé dans le contentieux administratif de contrôler les actes du gouvernement, de les censurer, de les annuler dans les luttes engagées entre l'intérêt public et l'intérêt privé. Force fut de plier devant ces objections chaque fois renouvelées, et auxquelles la Chambre demeura fidèle. Le 19 juin 1840 parut l'ordonnance portant règlement intérieur pour le Conseil, et qui avait été faite en vue de la loi dont le gouvernement avait espéré le vote dans cette session : cinq ans s'écoulèrent avant qu'il fût obtenu. Enfin cette loi fut promulguée le 19 juillet 1845, et n'apporta aucun changement important aux dispositions contenues dans l'ordonnance de 1839; elle réglait définitivement les fonctions du Conseil d'État, « qui peut être appelé à donner son avis » sur les projets de loi ou d'ordonnance, et en général sur » toutes les questions qui lui sont soumises par les ministres. » Il est nécessairement appelé à donner son avis sur toutes les » ordonnances portant règlement d'administration publique, ou » qui doivent être rendues dans la forme de ces règlements. Il » propose les ordonnances qui statuent sur les affaires admi- » nistratives ou contentieuses dont l'examen lui est déféré par » des dispositions législatives ou réglementaires. » Comme on le voit, aucun caractère judiciaire n'était attaché au Conseil, et le quatrième paragraphe de l'article 24 de la loi, tout en paraissant donner certaines garanties aux décisions en matière contentieuse, signalait bien positivement le droit du gouvernement de décider différemment du Conseil : « Si l'ordonnance qui in-

Digitized by Google

» tervient n'est pas conforme à l'avis du Conseil d'État, elle ne » peut être rendue que de l'avis du conseil des ministres; elle » est motivée, et doit être insérée au *Moniteur* et au *Bulletin* » *des lois.* »

IV.

Cette loi si péniblement élaborée dura peu : la révolution de février l'abrogea, en commençant par réduire à vingt-cinq le nombre des conseillers d'État, en supprimant le service extraordinaire et en décidant que les chefs de service désignés par les ministres de chaque département seraient appelés à prendre part aux travaux des comités et de l'assemblée générale du Conseil, quand leur concours serait jugé nécessaire; le nombre de ces fonctionnaires ne s'élevait pas à moins de trente-deux, secrétaires généraux, directeurs, chefs de division, etc., énumérés par l'arrêté du 8 septembre 1848. Ce même acte porte « que les membres de l'Institut, des comités de la guerre, des » conseils d'amirauté, des ponts et chaussées, du commerce et » des manufactures, et de l'Université, dont les connaissances » spéciales seraient jugées utiles aux travaux du Conseil d'État, » pourraient être appelés, par une convocation spéciale du mi- » nistre de la justice, à prendre part à ses délibérations. » Du reste, la Constitution votée par l'Assemblée nationale attribuait au Conseil d'État une très-grande autorité en même temps qu'elle lui donnait une organisation au moins singulière. Nous ne croyons pas devoir passer sous silence ces détails : quoique l'époque à laquelle ils se rattachent soit encore très-voisine de la nôtre, ils appartiennent cependant à l'histoire, et doivent trouver place ici comme faisant apprécier le Conseil d'État sous un aspect tout à fait différent, et constituant une phase toute spéciale de son histoire privée.

Le chapitre VI de la Constitution décidait qu'il y aurait un Conseil d'État dont le vice-président de la république serait de droit président; — que ses membres seraient élus pour six ans par l'Assemblée nationale, et rééligibles indéfiniment; — qu'ils ne pourraient être révoqués que par l'Assemblée, sur la proposition du président de la république; — que les attributions du Conseil seraient de donner son avis sur les projets de lois du gouvernement, qui devront être soumis à son examen préalable, et sur les projets d'initiative parlementaire que l'Assemblée lui

Digitized by Google

aura renvoyés; — de préparer les règlements d'administration publique, et même de faire seul ceux dont l'Assemblée lui aura donné la délégation; — de contrôler et de surveiller, conformément à la loi, toutes les administrations publiques. En outre, la Constitution établissait que le président de la république ne pouvait exercer son droit de grâce sans l'avis du Conseil, ni révoquer les agents électifs du pouvoir exécutif, dissoudre les conseils généraux, cantonaux et municipaux sans le même concours. La loi d'organisation du Conseil occupa un grand nombre de séances de l'Assemblée, et ne fut votée que le 3 mars 1849. Elle apportait de grandes modifications aux systèmes précédemment suivis; outre l'élection des *quarante* conseillers, elle réglait qu'à l'avenir les vingt-quatre maîtres des requêtes seraient nommés par le président de la république sur une liste contenant un nombre double de candidats et dressée par le président du conseil, et que les vingt-quatre auditeurs seraient choisis au concours. Les sections étaient réduites à trois : de législation, d'administration et de contentieux. Dans cette dernière, conformément à l'article 6 de la loi, le Conseil décidait en dernier ressort; l'article 5 lui donnait de nouvelles attributions, c'est-à-dire celles de résoudre sur la demande des ministres les difficultés qui s'élevaient entre eux relativement à leurs attributions respectives et relativement à l'application des lois. Il y avait évidemment une tendance à adopter les conclusions proposées pour le projet de loi repoussé en 1840; mais c'est qu'aussi la position différait complétement, et que, dans l'État organisé suivant les prescriptions de la Constitution, le Conseil d'État pouvait prendre une position plus éminente, plus indépendante, sans nuire à un pouvoir exécutif qui ne devait plus être que temporaire : avec ces institutions, on n'avait plus à craindre de trouver dans l'État un corps presque souverain, et en réalité maître du gouvernement au point de vue administratif, dont rien ne pourrait modérer les usurpations, et que sa position sur la limite des pouvoirs exécutif et judiciaire devait nécessairement conduire aux empiétements. Au contraire, le Conseil d'État devenait une garantie; ses membres étaient choisis parmi les hommes les plus considérables, mûris dans tous les services, et semblaient destinés à perpétuer les traditions, puisqu'ils étaient indéfiniment rééligibles, tandis que le chef de l'État ne l'était pas. D'un autre côté, on

Digitized by Google

ne pouvait nullement redouter leur usurpation, puisque la Chambre pouvait toujours, à l'expiration des six années, leur retirer leur mandat. Il y avait un système de compensation bien fait pour rassurer les esprits, sans que pour cela nous voulions le moins du monde présenter cette organisation comme modèle.

V.

« La constitution actuelle, dit l'empereur dans sa déclaration » aux Français, du 14 janvier 1852, proclame que le chef que » vous avez élu est responsable devant vous ; qu'il a toujours » le droit de faire appel à votre jugement souverain, afin que » dans les circonstances solennelles vous puissiez lui continuer » ou lui retirer votre confiance. Étant responsable, il faut que » son action soit libre et sans entraves. De là l'obligation d'avoir » des ministres qui soient les auxiliaires honorés et puissants » de sa pensée, mais qui ne forment plus un conseil responsable » composé de membres solidaires, obstacle journalier à l'im- » pulsion particulière du chef de l'État, expression d'une » politique émanée des chambres, et par là même exposée à » des changements fréquents, qui empêchent tout esprit de » suite, toute application d'un système régulier.

» Néanmoins plus un homme est haut placé, plus il est indé- » pendant, plus la confiance que le peuple a mise en lui est » grande, plus il a besoin de conseils éclairés, consciencieux. » De là la création d'un Conseil d'État, désormais véritable » conseil du gouvernement, premier rouage de notre organisa- » tion nouvelle, réunion d'hommes pratiques élaborant les » projets de lois dans des commissions spéciales, les discutant » à huis-clos, sans ostentation oratoire, en assemblée générale, » et les présentant ensuite à l'acceptation du Corps législatif. » Ainsi le pouvoir est libre dans ses mouvements, éclairé dans » sa marche. »

Nous avons voulu citer ces belles paroles parce qu'elles résument en quelques lignes le rôle actuel du Conseil d'État, et font bien comprendre la pensée de l'empereur sur les devoirs de cette assemblée et les services qu'il est en droit d'en attendre. Le Conseil reprit les fonctions que lui avait attribuées la Constitution de l'an VIII, et redevint à la fois auxiliaire de l'empereur, dans l'exercice du pouvoir législatif au point de vue des

Digitized by Google

projets de lois, dans l'exercice du pouvoir exécutif en donnant son avis sur les questions qui lui sont soumises, et en résolvant de nombreuses difficultés; enfin comme tribunal administratif supérieur en recouvrant la haute appréciation et le jugement des conflits, transportés par la loi du 4 février 1850 à une commission spéciale composée de conseillers d'État et de membres de la Cour de cassation.

Le décret du 25 janvier 1852 a réglé l'organisation actuelle du Conseil d'État; il se compose de trente à quarante conseillers en service ordinaire, de quinze conseillers en service ordinaire hors sections, choisis parmi les hauts fonctionnaires des départements ministériels, et de vingt conseillers en service extraordinaire, revêtus d'un titre purement honorifique. Les conseillers en service ordinaire participent à tous les travaux du Conseil d'État, où ils sont répartis entre les sections; ceux de la seconde catégorie ne sont pas attachés aux sections et n'assistent qu'aux assemblées générales où ils ont voix délibérative. Ils ne touchent aucun traitement comme conseillers d'État. Enfin ceux de la dernière catégorie n'assistent aux assemblées générales et n'y ont voix délibérative que s'ils sont convoqués par ordre de l'empereur.

Les maîtres des requêtes sont au nombre de quarante, divisés en deux classes de nombre égal; ils sont chargés de rapporter dans les affaires soumises au Conseil, assistent aux assemblées de leurs sections respectives et à l'assemblée générale; mais dans cette dernière n'ont voix délibérative que dans les questions qui ont été confiées à leur examen. Un décret postérieur a autorisé les maîtres appelés à des fonctions permanentes à conserver leur titre comme appartenant au service extraordinaire, et l'empereur peut le conférer pareillement à tous ceux qui cessent, pour une raison quelconque, de participer au service actif du Conseil; mais alors aussi ce n'est plus qu'un titre purement honorifique.

Le décret du 25 janvier 1852 a rendu au corps des auditeurs une partie de l'organisation et des attributions qui leur étaient reconnues sous le premier empire. Il forme, aux termes de l'acte officiel que nous mentionnons, un noviciat pour les hautes fonctions administratives, et se compose de vingt auditeurs de première classe et soixante de seconde, lesquels sont choisis suivant les prescriptions adoptées dans le décret du 26 décem-

Digitized by Google

bre 1809. Les auditeurs des deux classes indistinctement assistent aux séances de sections auxquelles ils sont attachés, et aux assemblées générales; ils n'ont voix délibérative que dans les assemblées de sections et pour les affaires dont ils font le rapport. Si l'empereur préside l'assemblée générale, les auditeurs de seconde classe n'y assistent pas, et ceux de première seulement en vertu d'une autorisation spéciale. En outre, ces jeunes fonctionnaires peuvent être attachés à des ministères, à des départements dans lesquels les préfets peuvent leur confier des intérims, leur déléguer des fonctions administratives au chef-lieu, leur attribuer l'étude de certaines affaires contentieuses, leur donner entrée au conseil de préfecture avec voix consultative; ils peuvent encore être chargés de diverses missions, porter les dépêches à l'empereur absent de Paris, etc.

Le Conseil d'État se divise actuellement en six sections : de législation, justice et affaires étrangères; du contentieux; de l'intérieur, de l'instruction publique et des cultes; des travaux publics, de l'agriculture et du commerce; de la guerre et de la marine; des finances. Chacune est présidée par un président. A la tête de tout le Conseil est le président du Conseil d'État, l'un des hauts dignitaires de l'empire, assisté d'un vice-président et d'un secrétaire général.

Avant de terminer cette rapide étude, nous ne croyons pas sans intérêt de retracer brièvement ici le mécanisme des fonctions du Conseil; on ignore généralement dans le monde ces détails, sans lesquels cependant il nous semble qu'on ne connaît qu'imparfaitement l'organisation de ce grand corps administratif. Un certain nombre de membres des diverses classes du Conseil est réparti par décret impérial entre les diverses sections. Dans chacune il y a deux rôles d'affaires, l'un pour les affaires urgentes, l'autre pour les affaires ordinaires. Lorsqu'une affaire est renvoyée à une section, le président de la section fixe son caractère, apprécie son degré d'urgence et choisit le rapporteur, conseiller, maître des requêtes ou auditeur. Le rapport se fait dans le plus bref délai et selon le rang d'ordre fixé par le président. Pour la délibération il faut au moins la présence de trois conseillers; la section prononce à la simple majorité et le décret qui suit mentionne qu'elle a été entendue. Quand la section n'est saisie d'une affaire qu'à titre consultatif, elle désigne un de ses membres, conseiller ou maître,

Digitized by Google

suivant l'importance de la question, pour soutenir la discussion en assemblée générale, qui statue à la simple majorité. Dans ce cas, il faut au moins vingt membres du Conseil présents, non compris les ministres ou les conseillers en service extraordinaire, et le décret rendu après cette délibération en atteste l'existence par ces mots : « Le Conseil d'État entendu. » Les affaires portées aux sections sont suffisamment indiquées par les titres de ces mêmes sections. Nous dirons cependant que la section des finances révise toutes les liquidations de pension, et élabore les règlements relatifs aux caisses de retraite des administrations publiques. La section de législation, de justice et des affaires étrangères s'occupe de toutes les questions concernant les poursuites contre les agents du gouvernement, les additions de noms, les naturalisations, et, en temps ordinaire, celles qui touchent aux prises maritimes. Quant aux affaires portées aux assemblées générales, elles se répartissent distinctement en trois catégories : celles qui, par leur importance, ne peuvent être soumises qu'à cette suprême juridiction administrative, comme les projets de règlements, l'enregistrement des bulles, les recours comme d'abus, etc.; celles qui, quoique relevant régulièrement d'une des sections, sont réservées par ordre du souverain à l'assemblée générale; enfin, celles qui étant de la même classe sont également renvoyées à cause de leur gravité, soit par ordre du président, soit sur la demande de la section.

C'est une erreur généralement accréditée de croire que le Conseil d'État tranche les difficultés et apporte des solutions; tout au contraire, ses fonctions ne sont que consultatives, et il faut l'approbation de l'empereur pour donner une existence réelle à ses actes. Il n'y a d'exception qu'en un cas à cette règle, ainsi que nous allons le voir. Nous avons dit que le Conseil d'État avait spécialement la mission d'élaborer les projets de lois dont l'initiative appartenait à l'empereur seul. Préparés par le département ministériel auquel il affert, le projet de loi est présenté au souverain, qui le renvoie au président du Conseil d'État, qui le transmet aussitôt au président de la section intéressée, à laquelle il peut toujours adjoindre, s'il le juge convenable, la section de législation. Le président de section désigne un rapporteur dans les formes que nous avons détaillées plus haut, et après le rapport, la section arrête le projet de rédaction

Digitized by Google

qui est porté à l'assemblée générale, où il est discuté et voté par assis et levé ou par appel nominal. Le président du Conseil le soumet de nouveau à l'empereur, qui en ordonne par un décret la présentation au Corps législatif, et nomme les conseillers d'État qui devront en soutenir la discussion. Les députés peuvent présenter des amendements jusqu'au moment du dépôt du rapport de la commission, fait en séance publique. L'amendement ainsi présenté est soumis à la commission qui le renvoie, en cas d'adoption, au Conseil d'État, devant lequel elle a droit, à son tour, d'envoyer trois de ses membres pour expliquer et défendre ses décisions. C'est en cette circonstance que le Conseil d'État agit en dernier ressort, sans avoir besoin de recourir à l'approbation de l'empereur, qui peut seulement refuser de sanctionner la loi ainsi modifiée. Si donc le Conseil repousse l'amendement, il est considéré comme non avenu; s'il l'admet, il est intercalé dans la rédaction; ou bien encore, le Conseil peut s'en servir pour apporter quelques changements au projet de loi; mais il faut alors l'avis favorable de la commission du Corps législatif[1].

Pareillement en ce qui concerne les solutions fournies par les sections aux ministres, elles ne prennent d'autorité qu'en tant qu'elles sont approuvées par le ministre qui les emploie. Pour la section du contentieux, les choses se passent autrement que dans les cinq autres, puisque l'intérêt des tiers y est constamment en jeu; un maître des requêtes y exerce les fonctions du ministère public, et après le rapport lu en séance publique l'avocat de la partie est admis à présenter ses observations. Du reste, c'est toujours les prescriptions du décret du 22 juillet 1806 qui servent de bases aux procédures en matières contentieuses, et le décret du 25 janvier 1852 n'y a apporté que d'insignifiantes modifications.

Nous croyons inutile de nous appesantir davantage sur ce

[1] D'après un relevé publié par M. le vicomte de Cormenin, le Conseil d'État a délibéré, soit en assemblée de section, soit en assemblée générale, sur 434,254 affaires, depuis l'année 1800 jusqu'à l'année 1836, celle de 1814 non comprise. D'après ce tableau, voici la progression observée :

En 1800.	Affaires :	2,720
En 1810.	—	7,013
En 1820.	—	14,645
En 1831.	—	19,076
En 1836.	—	23,254

Digitized by Google

sujet. Nous ne pourrions d'ailleurs rapporter ici qu'un extrait du beau traité de M. de Cormenin, auquel nous préférons renvoyer ceux de nos lecteurs qui ne se contenteraont pas de cette courte esquisse, et voudraient pousser plus loin l'étude de l'origine et du rôle du Conseil d'État. Nous avons désiré donner seulement un aperçu de ce qu'a été déjà ce haut corps administratif, des transformations qu'il a eu à subir, quoique jeune encore d'âge dans sa forme actuelle. Nous avons essayé de faire apprécier l'importance qu'il avait si heureusement et si laborieusement exercée sous le premier empire; nous lui avons vu avec bonheur restituer sous le nouvel empire le même rôle et les mêmes attributions. Nous avons tenté de faire rapidement connaître aux gens du monde l'organisation de ce corps. En écrivant cette étude nous n'avons pas entendu élever plus haut nos prétentions, et nous serons satisfaits si seulement nous ne sommes pas demeurés trop loin du but que nous nous étions proposé.

ED. DE BARTHÉLEMY,
Auditeur au Conseil d'État.

BIBLIOGRAPHIE.

L'HISTOIRE ET LA LITTÉRATURE DES SCIENCES POLITIQUES

(*Die Geschichte und Literatur der Staatswissenschaften*); par R. DE MOHL. Tome III : *le Droit public et administratif de la France*. — Erlangen, 1858[1].

Compte rendu par M. BERGSON, docteur en droit.

Dans ce troisième volume nous entrons avec l'auteur sur un terrain connu et qui nous est cher. La plus grande partie de ce gros volume, de 851 pages in-4°, contient l'histoire littéraire et critique du droit public et administratif de la France.

Le droit public s'est formé et s'est développé dans les trois grandes parties de l'Europe centrale, l'Allemagne, la France et l'Angleterre, sous des conditions essentiellement différentes.

En *Allemagne*, le droit public a débuté sous les formes de l'unité. L'Allemagne, sous la dynastie carlovingienne, était gouvernée par le pouvoir central d'un empereur, qu'on regardait longtemps comme le chef temporel de la Chrétienté. Dans la

[1] V. la *Revue critique*, 1858, t. XIII, p. 572.

Digitized by Google

foi mystérieuse et puissante du moyen âge, l'idée de l'unité impériale dominait et absorbait en quelque sorte l'existence individuelle des divers États, ou, selon le langage de cette époque, des diverses provinces de la grande république chrétienne. La prétention de renouer l'unité traditionnelle de l'empire romain, et les luttes séculaires issues de cette prétention entre les deux grands pouvoirs du monde chrétien, et dont la possession de l'Italie, de la ville éternelle surtout, était le but matériel, renferment le secret de l'affaiblissement graduel de ce *saint Empire romain*, qui, descendu depuis longtemps à l'état d'une simple fiction, a été enfin dissous d'une manière officielle le 6 août 1806. Qu'il me soit permis de rappeler à cette occasion un passage qui, bien qu'écrit par moi il y a plusieurs années, emprunte aux récents événements un certain intérêt : « La royauté germanique est sortie sanglante, brisée de la lutte où elle avait disputé au chef spirituel de la chrétienté la suprématie du monde chrétien. L'Allemagne et l'Italie ont perdu pour longtemps, dans les plaines de la Lombardie, leur unité nationale[1]. » Les prétentions à la possession de l'Italie ont survécu à la chute du saint Empire romain. L'Autriche *impériale*, dont le chef en a porté la couronne jusqu'à 1806, les a reprises avec une nouvelle énergie. Après s'être fait adjuger par les traités de 1815 la possession de la haute Italie, elle prétendait, par une interprétation abusive des traités, et guidée sans doute par des souvenirs empruntés à une époque bien éloignée de nous, étendre son influence prépondérante sur toute la péninsule, depuis le Pô jusqu'au détroit de Messine[2].

[1] V. mon compte rendu de l'*Histoire du droit germanique*, par F. Walter, dans la *Revue critique*, 1855, t. VI, p. 569.

[2] Il suffit de citer quelques passages qui prouvent que l'idée de la persistance de l'empire romain était professée par les esprits les plus éminents du moyen âge :

« Desinant igitur imperium exprobare Rom., qui se filios Ecclesiæ fingunt, cum videant Christum illud sic in utroque termino suæ militiæ comprobasse. » (Dante, *De monarchia*, lib. I.) — Pétrarque écrit en 1352 au roi d'Allemagne Charles IV : « Illic regnum, hic (in Italia) et regnum habes et imperium et quod nationum et terrarum omnium pacem dixerim, cum ubique membra, hic ipsum caput, invenies monarchiæ. » (*Rerum famil.*, lib. X.) — « Huc usque Rom. imperium a temporibus Constantini M., Helenæ filii, apud Constantinopolim in Græcorum imperatoribus mansit, ex hoc jam ad reges, imo ad imp. Francorum per Karolum transiit. » (Ekkehardi, *Wrang. Chronic.*, ad an. 800, cité par Himlay, *De sancti Rom. imp.*, p. 20.) — Cette théorie se retrouve encore au XVIe siècle, chez Æneas Sylvius, *De ortu et auctoritate imp. Rom.* — Les rois d'Allemagne prenaient le titre d'*Augusti*,

Digitized by Google

En *France*, par un mouvement opposé, la royauté issue de l'anarchie féodale est arrivée, par un travail laborieux et continu de plusieurs siècles, à une concentration complète de toutes les forces nationales. Une confédération d'États souverains, dépourvue de toute initiative, d'une part; une centralisation complète, absorbant toutes les forces vives du pays, quelle que soit d'ailleurs la forme sous laquelle elle se produit, monarchique ou républicaine, d'autre part, — telles ont été, en définitive, les formes auxquelles ont abouti les destinées politiques, si différentes, de ces deux grands pays.

En *Angleterre* encore, le droit public s'est développé sous l'influence de circonstances locales tout particulières. La conquête normande y avait introduit une puissante royauté, ou plutôt une hiérarchie militaire régie par des lois féodales, qui retenait le pays dans l'obéissance par la force matérielle. Cependant la conquête avait été impuissante à détruire les antiques bases de la vie nationale, le régime anglo-saxon des associations, des *corporations*, ainsi que l'ancien principe germanique qui appelait tous les hommes libres à délibérer, dans l'assemblée nationale, sur les affaires communes. La monarchie féodale des conquérants étrangers se modifiait ainsi par la fusion des éléments indigènes; et de cette fusion est issu graduellement un nouvel état des choses, bizarre en théorie, mais qui répondait merveilleusement aux besoins pratiques de la

urbis et orbis gubernatores. « Quia divina Providentia, urbis et orbis gubernacula tenemus, » écrit Frédéric Ier, chez Otto Frising., *De gestis Friderici imp.*, II, 31. — V. Walter, à l'endroit cité, § 228.

Placé à un point de vue différent, le génie du *jeune conquérant* de l'Italie s'est inspiré à son tour de la tradition romaine, quand il disait à ses soldats : « Rétablir le Capitole, placer avec honneur les statues qui le rendirent célèbre, réveiller le peuple romain engourdi par plusieurs siècles d'esclavage, tel sera le fruit de nos victoires. » (Proclamation de mai 1796, dans Thiers, *Hist. de la révol.*, t. VIII, p. 189.)

Depuis 962 (Othon Ier), le roi électif d'Allemagne était en même temps Empereur romain; mais en cette dernière qualité il devait venir demander, à Rome même, la consécration du Pape. Jusqu'à cette consécration, il portait le titre de *roi romain*, titre qui depuis 1169 (Henri VI) était accordé également au successeur du roi d'Allemagne, élu avec lui par les sept *princes-électeurs*. Il portait en outre la couronne du roi de Lombardie ou d'Italie, et ce couronnement s'opérait d'abord également à Rome, depuis 844 jusqu'à 879 (Louis II, Charles le Chauve et Charles le Gros), ensuite à Pavie, à Milan, et enfin à Monza. Charles V fut le dernier roi qui fut couronné à la fois, en 1530, empereur romain et roi de Lombardie. Ses successeurs se contentaient du titre d'*Empereur romain élu*, et celui de *roi romain* restait réservé à l'héritier électif. (Walter, t. I, p. 147, 270 et 369.)

Digitized by Google

société. Le système tout entier du gouvernement s'appuie sur de puissantes corporations, qui trouvent leur expression dernière et définitive dans la première des corporations, celle du *parlement*. Le parlement, dès le début, assez puissant pour suffire à tous les besoins de la nation, grandissait à mesure que ces besoins se développaient, et il laissait subsister partout l'action particulière des corporations locales et de l'aristocratie territoriale. La commune municipale et la commune de campagne conservent la libre administration de leurs affaires, et le pouvoir central n'y intervient que dans les limites rigoureusement nécessaires à l'unité de gouvernement. L'Angleterre a résolu le problème d'avoir su concilier l'unité de l'État avec le principe de la libre administration des communes, soumises à la direction de chefs électifs, d'une fortune ou d'une capacité prépondérante. En France, au contraire, l'unité politique et nationale est venue se confondre avec l'omnipotence envahissante du pouvoir central.

L'histoire politique si diverse des trois grandes nations de l'Europe centrale se réfléchit également dans le caractère distinctif de leur littérature politique.

La littérature du droit public de l'Allemagne se partage en trois périodes d'une étendue inégale :

1° Le droit public de la première période, celle de l'ancien Empire germanique, forme une masse énorme, assez homogène, fondée sur des usages traditionnels et sur un respect scrupuleux des textes. Les docteurs de ce droit, tout en lui donnant une base historique, l'ont développé avec une précision logique et une méthode à la fois rigoureuse et étroite, empruntées au droit civil. Les formes sous lesquelles fonctionnaient les rouages de ce savant mécanisme, qu'on appelait le saint Empire germanique, ressemblaient en quelque sorte à des actes de procédure civile. Aussi, pour mettre en mouvement cette lourde machine, il fallait continuellement avoir recours à l'intervention du tribunal d'Empire, siégeant dans la ville impériale de Nuremberg.

2° Le droit public de la deuxième période, celui de la Confédération rhénane, peu développé, se distingue de celui de la première période par ses tendances nouvelles, en rapport avec les besoins nouveaux.

3° La troisième période du droit public allemand commence avec l'établissement de la Confédération germanique. D'une

Digitized by Google

grande richesse il se fait remarquer par un esprit scientifique élevé, au niveau de l'état progressif et avancé du sentiment public de l'Allemagne. Les travaux de cette dernière période appartiennent à deux catégories distinctes : tantôt dogmatiques et d'une intelligence politique peu commune, ils s'attachent à élucider une matière très-complexe et ingrate; tantôt d'un carractère historique, ils fournissent, entre les mains de maîtres distingués, des résultats considérables, plutôt à la vérité, au point de vue doctrinal et de curiosité que pratique. Les travaux au contraire, qui ont pour objet le droit spécial des divers États de la confédération, sont plutôt d'un caractère dogmatique et pratique. Écrits dans un sentiment honorable de justice et de bien public, ils sont dépourvus souvent d'une intelligence profonde des institutions de ces jeunes États. Si on peut reprocher avec raison aux travaux de la première période leur esprit étroit, porté jusqu'à l'excès vers une casuistique pleine de subtilités, on peut reprocher à ceux de la dernière période leur caractère exclusivement politique, et de ne réfléchir très-souvent que les préoccupations politiques du moment.

La littérature du droit public anglais, qui tantôt prend des formes essentiellement historiques, tantôt celles d'un commentaire juridique, se tient toujours à une distance également respectable de savants systèmes et de théories philosophiques. Le culte des principes primitifs et de leurs développements successifs s'étend assez loin pour permettre aux continuateurs de conserver les travaux des anciens commentateurs dans leur ensemble; ils se contentent de les compléter par des notes et des additions suffisantes pour les mettre en rapport avec les progrès de la législation. Par une espèce de fiction, le commentaire de Blackstone, augmenté de certaines doctrines, de certaines propositions, de certaines expressions nouvelles, est encore aujourd'hui regardé en Angleterre comme l'expression exacte du droit public. Le droit public anglais est rempli d'une foule de prescriptions sur les droits des corporations et leurs attributions. La plupart des fonctions publiques sont déférées à des autorités locales et subalternes. De simples citoyens, sans aucune étude préparatoire, appelés par les suffrages de leurs communes à la direction des affaires publiques, sont obligés à demander aux commentaires des publicistes les instructions nécessaires à

Digitized by Google

l'exercice de leurs fonctions. La littérature du droit public anglais, susceptible de nombreuses critiques au point de vue élevé de la science, se distingue par un sentiment honorable; le fond de la matière y a été préparé par de nombreux *précédents*, des sentences et des travaux de longues années; elle forme surtout un ensemble homogène et compacte, qui se plie avec souplesse à toutes les exigences des besoin journaliers.

En *France*, plusieurs causes ont concouru tantôt à comprimer tantôt à accélérer l'essor de la littérature politique :

1° La surveillance sévère et les entraves de toute sorte qui ont pesé sur elle sous l'ancienne monarchie, n'ont permis que la culture de certaines branches, telles que l'histoire des divers États et les rapports entre le pouvoir public et l'Église. Après avoir gardé un long silence pendant l'époque si agitée de la république et du premier empire, la littérature politique s'est réveillée enfin et a pris un puissant essor plein d'éclat sous la Restauration et la Monarchie de juillet;

2° Les révolutions continuelles, que la France a eu à traverser depuis soixante-dix ans, ont rendu impossible le développement régulier et graduel du droit public;

3° L'unité nationale qui se manifeste à l'écrivain, d'une part, dans l'attrait moral de sa grandeur, de nature à le consoler, jusqu'à un certain point, de l'absence de liberté politique, et qui, d'autre part, lui fournit l'inappréciable avantage de parler à une grande nation, tandis que le publiciste allemand est condamné le plus souvent à écrire pour un public très-restreint. Cette unité enfin, appuyée sur une législation et une jurisprudence uniformes, offre à l'écrivain l'inépuisable richesse de matériaux et documents officiels, propres à l'expérience d'un grand pays;

4° Le haut degré de développement auquel est arrivé la législation administrative de la France, qui se présente aujourd'hui avec toute l'autorité d'un système élaboré dans ses principes comme dans ses moindres détails avec une logique et une précision remarquables, lorsqu'ailleurs le publiciste doit se débattre péniblement dans un amas confus de décrets et d'ordonnances, qui viennent se superposer les uns sur les autres.

La littérature politique de la France présente ainsi un ensemble dépourvu, sans doute, d'un développement organique continu, et de cette fixité d'une base séculaire invariable, étayée d'une pratique traditionnelle et d'une théorie conformes, qui

Digitized by Google

forment le caractère propre de la jurisprudence anglaise; — dépourvue également, jusqu'à un certain point du moins, de ce vaste appareil juridique, de cette profonde érudition occupée sans relâche à éclairer chaque question sous toutes ses faces, qui donnent une valeur scientifique si élevée aux travaux de droit public de l'Allemagne. Mais elle s'inspire d'un sentiment patriotique et national profondément historique; elle a fixé, d'une manière intelligible pour tout le monde, les principes généraux de l'État constitutionnel; elle a développé, avec une méthode incomparable, les limites et les attributions respectives des diverses fonctions administratives, et les règles générales du gouvernement civil. Grâce à ces qualités éminentes, l'autorité de la jurisprudence administrative de la France a franchi les limites naturelles du pays et s'étend au loin. A trois reprises les institutions de la France ont pu servir de modèle au continent européen : sous Louis XIV d'abord, pour la centralisation du pouvoir public entre les mains du souverain absolu; sous le premier Empire, pour l'organisation d'une administration partout présente, réglée avec une précision logique; sous la Restauration enfin, pour l'établissement du régime parlementaire et la définition des droits populaires.

Après ce résumé de l'idée générale de l'ouvrage si remarquable de M. de Mohl, je reviens à l'analyse ou plutôt à une indication très-sommaire du contenu du troisième volume, qui suffira cependant pour montrer la richesse et la variété prodigieuses des matériaux qu'il renferme.

I. Le premier chapitre contient une bibliographie du droit public français. Je cite seulement les noms de quelques auteurs dont s'occupe ce chapitre : Lelong et Févret de Fontette (*Bibliothèque historique de la France*, 1764-78); Brunet (*Manuel du libraire*); Camus et Dupin (*Profession d'avocat*, 1832); Bloch (*Dictionnaire de l'administration française*).

II. Le chapitre II donne les collections des sources : Pertz (*Monumenta germanica*); Pardessus (*la Loi salique*); Brequigny (*les Ordonnances du Louvre*); Isambert, etc.

III. Le troisième chapitre, très-étendu, traite de l'histoire du droit public français, sous les subdivisions suivantes :

1° Travaux d'histoire générale du droit public et civil de la France. Je ne nomme que les auteurs allemands de cette matière : Warnkönig, Schäffner, Remer, Brewer.

Digitized by Google

2° Historiens de l'époque franque : Hotman (*Franco-Gallia*, 1573); Boulainvilliers, Buat (*des Origines, ou l'Ancien gouvernement de la France*, 4 vol., La Haye, 1757); Garnier, Mably, Moreau (*Principes de morale, de politique et de droit public*, 1777-89); Mlle de Lezardière, Guizot, Thierry, Lehuërou, Petigny, Chambellan, Perry, Savigny, Eichhorn, Waitz.

3° Établissement de la royauté : Mignet, de Carné, etc.

4° Histoire des divers États : Perreciot, Monteil, Guérard, etc.

5° États généraux et provinciaux : Savaron, Lepaige (*Lettres historiques*, Amsterdam, 1753); Laudin, Luynes, H. de Pansey, etc.

6° Historiens de certaines époques : Vaublanc, Raudier, dom Gervaise, sur les croisades; Aubry le Clerc, Jay, sur Richelieu; Chéruel, Clément, Thomas, etc., sur le règne de Louis XIV; Lanjuinais, Deneufvillette, M. Laferrière, sur la Révolution; Thiers et autres, sur l'Empire.

7° Historiens de certaines parties du droit public :

Meyer, Servet, Boileau, Pardessus, Hiver, sur les institutions judiciaires; Pasquier et autres, sur les parlements.

Arnould, Chrétien, Renou, Bailly, sur l'administration générale des finances; Froumenteau, Necker et autres, sur le régime financier de l'ancienne monarchie; Ramel, Gaudin, Mollien, etc., sur celui de la République et de l'Empire; Ganilh, d'Audiffret, etc., sur celui de la Restauration.

Vidallain, Lombault, de Luçay, sur les hautes charges de l'ancienne monarchie;

Delamare, Frégier, etc., sur l'administration intérieure.

Les appréciations d'une nature diverse contenues dans les trois premiers chapitres ne sont pas sans doute d'une égale valeur. Nous ne possédons pas le secret de l'érudition prodigieuse qui a permis au savant critique de donner une analyse sommaire de tant de volumes, et qui rappelle quelquefois celle de ce publiciste du XVIIIe siècle (J.-J. Moser) qui a réclamé avec complaisance la paternité de 360 ouvrages en 600 volumes[1]. La liste des ouvrages classés et analysés dans le présent ouvrage remplit la moitié des 129 pages in-4° (petit-texte) du registre qui termine le troisième volume. Que l'auteur les ait tous parcourus et lus, nous n'oserons élever le moindre doute à cet

[1] V. mon compte rendu du deuxième volume de l'Histoire de M. Mohl, dans la *Revue*, 1848, t. XIII, p. 575.

Digitized by Google

égard : une lecture attentive de l'ouvrage l'attesterait au besoin. Mais lui a-t-il été possible de *mûrir* les impressions laissées par la lecture d'un nombre aussi considérable de volumes? C'est ce que nous croyons devoir contester; le temps matériellement nécessaire lui a manqué. Pour le prouver, je choisirai parmi les appréciations des historiens français celle qui a pour objet l'historien dont le nom est cher aux lecteurs de la *Revue*, et dont le travail nous a occupé d'une manière spéciale à plusieurs reprises.

M. de Mohl reproche à l'*Histoire du droit français*, par M. Laferrière, de ne pas offrir un récit tracé d'après un plan uniforme, du développement successif du droit français qui embrasse le fond même de la matière dans sa substance et ses transformations, mais d'être plutôt un exposé matériel des différentes sources dont est issu le droit français moderne. Il est vrai, dit-il, que ces sources sont indiquées d'après un ordre chronologique, mais dans leur contenu seulement, et non pas dans leur influence réciproque. Ainsi le premier volume présenterait l'histoire du droit romain depuis ses origines, dans une étendue dépassant de beaucoup ce qu'il fallait pour l'intelligence de l'histoire du droit français. Ainsi le tableau de l'époque gallique et de l'organisation provinciale, très-complet d'ailleurs, qui remplit le deuxième volume, ne serait nullement en proportion avec le besoin d'expliquer les origines du droit moderne (*das Redürfniss einer genetischen Einsicht weit übersteigend*). Ainsi les troisième et quatrième volumes contiendraient des dissertations de pure histoire politique à côté d'études profondes et étendues sur les sources germaniques. Ce seraient donc, en définitive, plutôt des travaux préparatoires, critiques et savants d'une histoire organique du droit que cette histoire elle-même. De là l'auteur tire la conclusion naturelle que ce n'est pas là le dernier mot de la science[1].

A une autre occasion, il reproche aux historiens français le

[1] *Es sind mehr kritische und gelehrte Vorarbeiten einer organischen Rechtsgeschichte, als eine solche selbst.... Es lässt sich schon jetzt die Vermuthung aufstellen, dass die Wissenschaft so nicht das letzte wort sprechen wird.* (Page 33.) — On retrouve la même idée dans le premier volume (p. 30), où M. de Mohl revendique au profit d'auteurs *allemands*, Warnkönig, Stein, Schäffner, le mérite d'avoir donné des tableaux complets de l'histoire du droit français, qui en embrassent toutes les parties dans leurs développements successifs.

Digitized by Google

peu de parti qu'ils ont tiré des travaux de leurs rivaux allemands, et il insiste sur l'importance de ces travaux pour l'intelligence des origines des institutions françaises. Il cite à cet égard l'*Histoire du droit romain au moyen âge*, par M. de Savigny; le premier volume de l'*Histoire du droit public et civil*, par Eichhorn; l'*Histoire de la constitution germanique*, par Waitz; le travail important sur les bénéfices publié par M. Roth.

Je vais essayer d'examiner très-brièvement le fondement de cette critique.

Serait-il vrai que l'histoire du droit de la république et de l'empire romain, retracée dans les deux premiers volumes de l'*Histoire du droit français*, eût dépassé les limites raisonnables de ce que l'intelligence de celui-ci pouvait exiger? L'historien, dans ce tableau philosophique si plein d'une haute raison, aurait-il perdu de vue son objet principal, les origines du droit français? Ne semble-t-il pas plutôt, en prenant le droit romain pour point de départ, s'être souvenu de la parole de l'illustre rédacteur du Code, Portalis, *qu'il fallait, pour comprendre le droit français, remonter au droit romain?* Il exprime lui-même le regret, pour arriver aux origines de notre droit national, de n'avoir pas à résumer l'œuvre d'un grand historien; mais il constate en même temps que cet historien, ce Montesquieu du droit civil nous manque encore. Ce n'est pas l'histoire externe du droit romain qu'il s'est proposé de retracer, mais le droit romain comme *premier élément de la civilisation gauloise.*

Le reproche d'avoir donné aux études sur les origines galliques et l'organisation provinciale des Gaules une extension démesurée serait-il plus fondé? Sur cette matière encore l'historien français a été obligé de se frayer une route à travers un terrain presque inexploré. Quel était le caractère général des lois et des mœurs galliques? Quelle a été l'influence de la conquête romaine sur les institutions gauloises? Ces questions, qui divisent les meilleurs esprits de la France, méritaient certainement d'être examinées de près. Les recherches sur les origines galliques, marquées au coin d'une sagacité féconde, ont fourni à l'historien d'heureux points de rapprochement avec la condition de la famille et de la propriété de certaines parties de notre droit coutumier.

Serait-il vrai enfin que l'historien français eût entièrement négligé de consulter les travaux des grands jurisconsultes con-

Digitized by Google

temporains d'outre-Rhin ? Pour se convaincre jusqu'à quel point ce reproche est peu fondé, il suffira de relire le chapitre V du tome IV, qui traite de la renaissance du droit romain par le droit de Justinien. L'historien français y reprend la célèbre thèse démontrée avec tant de force par l'*historien du droit romain au moyen âge* pour l'Italie et la Lombardie, mais non résolue par rapport à la France. Il discute la nature particulière de ce droit, qui a survécu, dans le midi de la France, à la chute de l'empire romain. Il constate qu'en France, du Ve à la fin du XIe siècle, le droit romain, dont l'usage s'était conservé dans la pratique et les mœurs, était non le droit de Justinien, comme le suppose M. de Savigny, mais le droit de Théodose et d'Alaric. Il indique les premiers monuments qui aient employé les diverses collections justiniennes. Le problème de l'action persistante du droit romain dans la France du moyen âge, il l'a repris dans l'*Essai sur la coutume de Toulouse*[1]; il l'a discuté sous une nouvelle face dans les tomes V et VI, où il a tracé la géographie de la France coutumière. Il y a démontré que dans les pays de droit écrit même, qui semblaient soumis à une législation uniforme, les lois du pays, après la création des parlements et la diffusion de la science par les romanistes avaient toujours conservé leur couleur *locale*, leur caractère provincial. Il restera peu de chose à ajouter aux résultats de ces patientes recherches. L'historien français a comblé avec un remarquable succès la lacune laissée par l'*historien du droit romain* : disciple, il y a une vingtaine d'années, de l'illustre professeur de Berlin, j'ose le constater. La pensée de l'écrivain français pourrait sans doute se fortifier au contact des travaux des Eichhorn, Waitz, Roth et tant d'autres; il ne les négligera pas lors de la révision de son œuvre, notamment du troisième volume : nous en avons la ferme conviction!

Si les recherches des Eichhorn, Waitz, Roth, sont de nature à répandre de nouvelles lumières sur les origines et le caractère du droit germanique, le troisième volume de l'*Histoire du droit français* n'en est pas moins une monographie importante du droit germanique. Je citerai seulement le chapitre IV, relatif à la loi salique, où M. Laferrière résume les opinions de l'école française, depuis Montesquieu jusqu'à MM. Guérard et Pardessus,

[1] V. la *Revue*, 1855, t. V, p. 224 et 490.

Digitized by Google

sur le monument le plus ancien des lois *barbares*, la loi salique! Il fixe l'époque et le lieu de rédaction de la loi primitive, ses révisions successives; la vraie signification de la *terre salique* (*terra salica*), son identité avec l'alleu, et sur ce point il réfute l'opinion soutenue par l'auteur du *Polyptique* d'Irminion, par le texte récemment publié du *Polyptique* de Weissemburg, que pour la première fois il a fait connaître en France. Il établit la distinction qui s'était introduite chez les Francs entre les immeubles dont ils héritaient de leurs ancêtres et les immeubles qu'ils acquéraient à tout autre titre, entre les biens propres et les acquêts et les différents ordres de succession qui en résultaient, distinction qui se retrouve jusque dans les lois scandinaves [1]. Enfin il insiste sur le caractère propre de cette loi qui, après avoir disparu dans l'ordre civil, a survécu en France dans l'ordre politique.

Pour résumer ma pensée, notre savant critique semble, jusqu'à un certain point, s'être mépris sur l'esprit et la portée de l'*Histoire du droit français*. La mission de l'historien français ne consiste pas précisément à nous donner un récit aride et abstrait de la formation et du développement des principes du droit civil moderne dans un ordre méthodique, d'après les trois grandes divisions des personnes, des biens et des obligations. L'Allemagne possède un nombre considérable de ces manuels justement estimés, tels que ceux d'Eichhorn, Walter. Ces manuels y sont encore aujourd'hui d'une grande valeur pratique pour la connaissance de ce *droit commun allemand*, fondé tout entier sur des doctrines et des théories traditionnelles. La mission de l'historien français est plus élevée. Placé en dehors des besoins journaliers de la pratique qui n'a rien à lui demander, il devra planer pour ainsi dire, selon l'expression de M. Laferrière, sur le droit et ses développements à travers des siècles, comme le génie de Bossuet sur l'histoire universelle, comme le génie de Montesquieu sur les révolutions du droit politique. En combinant les recherches de l'historien aux vues du philosophe et du législateur moderne, il nous montrera dans les récits des diverses époques de la législation romaine, l'alliance de ces lois avec le christianisme, alliance qui fera le caractère

[1] V. mon Aperçu sur le droit de famille et de succession dans le droit scandinave, dans l'*Appendice* du tome VI, p. 461, 65, 68, 71 et 72.

Digitized by Google

distinctif, le fonds inépuisable de la civilisation des Gaules et de la féodalité. Il cherchera de saisir, dans le récit des origines galliques, l'entière raison de l'assimilation et de la résistance, le parallèle des mœurs et des institutions de la cité romaine et de la Gaule barbare. Le droit gallique, le droit gallo-romain, le droit germanique, le droit simple des époques mérovingienne et carlovingienne, le droit canonique, le droit féodal, les vieux coutumiers du XIIIe jusqu'au XVe siècle, leur rédaction officielle et leur réformation au XVIe siècle, formeront les couches successives, la *géologie morale*, par l'étude desquelles l'historien arrivera à la théorie générale du droit coutumier. Il expliquera, dans sa marche et dans ses transformations, la pensée civilisatrice qui, des conciles de la Gaule et des capitulaires de Charlemagne, de l'école d'Irnerius et de Pierre de Fontaine, des établissements de saint Louis et du livre de Beaumanoir, conduira nos lois civiles, à travers les âges de la féodalité et de la monarchie française, jusqu'à la révolution de 1789. L'idée générale du livre sera, en un mot, une idée éminemment *française*, celle qui, depuis la conquête romaine et germanique, et à travers la barbarie des premiers âges et la variété infinie des coutumes locales, a ramené le droit français par un travail séculaire mais continu vers l'uniformité et l'unité. C'est par cette idée générale, qui fait le fond de l'*histoire du droit français*, qu'elle a acquis une place honorable à côté de ses sœurs aînées, les œuvres de Guizot et des Thierry, conçues dans un esprit analogue. Depuis douze ans l'historien du droit français tient notre attention suspendue au récit animé, si lucide, si brillant des origines et des développements de notre droit national. Il a aujourd'hui franchi à peine la moitié de sa tâche. Il nous a raconté dans l'introduction que son premier travail arrivait à son terme, lorsque son attention fut attirée par le passage *décourageant* de l'auteur de l'*Esprit des lois*, qui, au moment d'achever son livre, avouait que, pour décrire l'origine et les révolutions des lois civiles chez les Français, il eût fallu mettre un grand ouvrage dans un grand ouvrage[1]. Nous espérons qu'arrivé peut-être, comme le grand publiciste du XVIIIe siècle, après vingt ans d'efforts au terme de sa tâche, il pourra, sans trop de regrets, regarder son œuvre, qu'il ne le trouvera pas

[1] V. l'Introduction du tome I, p. XI.

Digitized by Google

tout à fait indigne du modèle qui l'a inspiré. Par une espèce de mission providentielle, il était sans doute réservé aux immortels publicistes-philosophes du XVIIIe siècle d'éclairer d'un rayon de lumières nouveau la marche de ce siècle mémorable. Ils n'ont légué aux écrivains de nos jours que la seconde partie de leur glorieuse mission, la vue *rétrospective* sur le passé et sur les décombres amoncelés sous les pas d'une révolution sociale. Mais sur cette seconde partie ils ont été dépassés par leurs successeurs qui, d'un regard moins troublé et plus profond, pénètrent les mystères de l'histoire et les évolutions de l'humanité!

Je me suis arrêté devant des appréciations, des critiques si peu justifiées, parce qu'elles me semblent faire ombre sur ces tableaux, tracés en général d'une main de maître, et de nature à nuire à leur succès.

Je reprends de nouveau l'analyse sommaire du troisième volume au point où je l'ai laissée. Après avoir discuté, dans le troisième chapitre, les travaux généraux et spéciaux relatifs à l'histoire du droit public français, l'auteur aborde, dans le quatrième chapitre, l'examen des ouvrages consacrés à la partie dogmatique sur cette matière. Il distingue à cet effet les ouvrages antérieurs à la Révolution de ceux qui ont pour objet le droit public moderne. Le droit public moderne, il le divise en droit constitutionnel et en droit administratif. Toujours dans le même ordre méthodique, il repasse successivement en revue les auteurs des systèmes de droit constitutionnel, de l'époque de la révolution et de l'empire, de celles de la Restauration, de la monarchie de Juillet et de la république de 1848. Il arrive ensuite aux monographies relatives au régime parlementaire, aux prérogatives de la couronne, aux droits politiques (en général et spécialement à la liberté individuelle, à la liberté de la presse et au droit électoral), aux rapports entre l'Église et l'État (libertés de l'Église gallicane, appels comme d'abus, systèmes du droit ecclésiastique français). Il termine cette section par les petits traités à l'usage du citoyen français (Grün, de Marsay).

Dans la section suivante, l'auteur expose la littérature du droit administratif de la France. Il reprend l'analyse des systèmes, de celui de la centralisation surtout (traités généraux, manuels, études). Viennent ensuite les auteurs de la procédure

Digitized by Google

administrative, puis les traités relatifs aux différentes branches de l'administration judiciaire, au Conseil d'État et à la Chambre des comptes, à l'administration départementale et communale, à l'administration des finances. Enfin les monographies qui traitent des travaux publics, des routes, des chemins de fer, des constructions, de l'expropriation pour cause d'utilité publique, des servitudes publiques, des établissements dangereux, des spectacles, du régime forestier, de l'usage des cours d'eaux. Une indication des dictionnaires de droit public et administratif anciens et modernes termine le troisième chapitre.

Dans ce chapitre nous retrouvons partout la main sûre et ferme de l'éminent professeur de droit constitutionnel et administratif de l'université de Heidelberg. Partisan sincère du régime parlementaire, il reproche à l'école libérale de la Restauration ses tendances anti-gouvernementales. La mission de la science, observe-t-il à ce sujet avec raison, n'est pas celle de la presse et des orateurs du jour; elle doit, d'une manière impartiale, dire la vérité tout entière. Chez les publicistes de la monarchie de Juillet, M. de Mohl signale un double progrès : d'abord ils n'ont pas traité seulement le droit public, mais aussi le droit administratif; et ensuite ils ont abandonné le point de vue exclusif de l'opposition, en se plaçant à un point de vue plus large, plus objectif. « Là où l'État et le pouvoir » s'appuient non pas sur des faits historiques, mais sur des » bases rationnelles ; là où il était établi en principe qu'il fal- » lait gouverner d'après les règles de la justice et dans l'intérêt » de tous ; où celui qui savait le mieux définir ces droits pouvait » compter sur le plus grand nombre de suffrages ; il fallait fixer » les bases, ne négliger aucune face de la vie publique et tirer » partout des principes les conséquences avec une logique » rigoureuse, avec sagacité et avec beaucoup de savoir. Telle » fut la mission des écrivains de cette époque. »

En retraçant ensuite le tableau littéraire du droit administratif de la France, que M. de Mohl regarde à juste titre comme la partie *brillante* de notre droit public (*der Glanzpunkt des jetzigen französischen Staatsrechts*), pas suffisamment appréciée non-seulement à l'étranger, mais en France même, il croit cependant devoir apporter quelques restrictions à ses éloges, et il distingue à cet égard entre le *droit* et la *science* administratifs. Il reconnaît que le législateur en France a le mérite d'avoir

Digitized by Google

satisfait aux besoins du droit administratif dans des proportions plus étendues et plus complètes que dans tout autre pays; que la doctrine a eu ensuite le mérite d'avoir élaboré et coordonné la grande masse de dispositions législatives dans des travaux aussi complets qu'abondants, et en outre d'avoir discuté les principes fondamentaux avec plus de précision et avec un coup d'œil plus philosophique qu'il n'a été fait dans aucun autre pays. Mais il observe en même temps que la doctrine française est restée incomplète, et laisse beaucoup à désirer en ce qui concerne la théorie de l'art du gouvernement et la science des finances.

Tout en rendant des éloges mérités au système de la centralisation, M. de Mohl se demande cependant si la centralisation administrative est bien le dernier mot, le résultat définitif de l'unité administrative? Il examine les opinions professées à ce sujet par MM. de Cormenin, Raudot, Béchard [1], etc. — Il discute ensuite les questions qui se rattachent à l'existence des juridictions spéciales en matière administrative, et notamment à celle du Conseil d'État ou d'une juridiction indépendante et distincte. Il passe ici en revue les opinions de MM. de Cormenin, Sirey, H. de Pansey, Macarel, Pichon, Vidaillan, d'une part, tous partisans, avec des nuances diverses, de la justice administrative; et de MM. de Broglie, Bavoux, Colombel, ses adversaires, d'autre part.

M. de Mohl arrive enfin aux systèmes de droit administratif, dont il cherche avec finesse à retracer les qualités différentes.

Dans les *questions de droit administratif* de *M. de Cormenin*, il constate la puissance de l'esprit d'analyse, sachant tirer des dispositions particulières de la loi les principes généraux, des prémisses leurs conséquences logiques. Il lui accorde le haut mérite d'avoir nettement défini le caractère particulier des principales autorités administratives et des divers actes d'administration. Selon notre auteur, M. de Cormenin n'est pas un esprit systématiste; aussi n'hésite-t-il pas à placer son premier ouvrage sur les *questions* au-dessus du *droit administratif;* mais il le regarde comme une tête logique de premier ordre, que peu de jurisconsultes égalent dans le besoin et dans la puissance logique

[1] *De l'administration intérieure de la France*, avec un appendice sur les lois municipales des principaux États de l'Europe, composé par moi. 2 volumes; 1851.

Digitized by Google

de tirer de la confusion l'ordre et la clarté. Il admire surtout la précision et la clarté de ce style digne de servir de modèle, toutes les fois que l'éminent écrivain consent à écrire simplement [1].

Dans les *Institutes de droit administratif* de M. de Gérando, il reconnaît le mérite d'avoir été le premier système formel, développé dans toutes ses parties, du droit administratif; mais il lui reproche le défaut de précision des principes généraux, l'absence complète de notions historiques et littéraires, et le morcellement interminable des matières en paragraphes détachés. — Au *cours de droit administratif* de *M. Trolley*, le critique allemand reproche également l'absence complète de notions historiques et littéraires, bien plus sensible encore dans une œuvre aussi volumineuse; et en outre l'absence sensible du point de vue élevé de l'homme politique, de nature à répandre plus de mouvement sur une masse aussi abondante de matériaux.

Le *Répertoire administratif* de *M. Solon*, fait avec beaucoup de patience, est d'une casuistique minutieuse jusqu'à l'excès. Son *Code administratif annoté* a la prétention de présenter un Code administratif flottant entre la législation en vigueur et des vues abstraites, purement philosophiques. Une codification des dispositions en vigueur en matière administrative est-elle possible? Depuis 1789, on compte plus de cent mille décrets et ordonnances publiés sur cette matière, d'un caractère tantôt général, tantôt local, dont la plupart sont déjà tombés dans l'oubli. Un Code général de tout le droit administratif paraît à notre auteur être une tâche plus que difficile.

Le *Cours de droit administratif* dont M. Gougeon n'a publié que le premier volume, contient la reproduction exacte d'un cours oral. C'est une tentative qui réussit rarement, quelquefois seulement, et encore d'une manière imparfaite, aux grands maîtres de la science. — Les *Répétitions écrites sur le droit administratif*, par *M. Cabantous*, partagent le même défaut. Rédigées avec intelligence et une grande clarté, elles sont dépourvues pourtant de système. La division arbitraire des matières, qui rend les recherches très-difficiles, ne supporte pas d'examen. Le professeur discute souvent, à l'occasion des

[1] V. le tome III, p. 206.

Digitized by Google

questions de compétence des diverses autorités administratives, les matières de nature différente sur lesquelles peuvent s'exercer leurs attributions. Il en résulte que l'ensemble des organisations et des matières administratives se trouve déchiré.

Le *Traité général du droit administratif appliqué*, par M. Dufour, est une œuvre très-considérable. On y rencontre un guide expérimenté et sûr, peu soucieux de trouver des idées neuves et frappantes, ni d'acquérir une célébrité brillante. C'est un exposé approfondi et pratique du droit en vigueur et de ses applications journalières. On y retrouve partout une tenue sévère, la connaissance la plus exacte du fond et de la procédure administratifs, acquise par une longue expérience, un sain sens juridique et une franchise intelligente. La manière dont ont été traitées les diverses parties peut servir de modèle. L'ouvrage contient un petit nombre de traités étendus, de monographies où tout a été examiné à fond. L'analyse logique des matières est irréprochable. L'interprétation du texte des lois a surtout pour but d'en faire saisir l'esprit et la portée générales. Les citations, empruntées aux décisions des tribunaux administratifs et du Conseil d'État, sont faites avec une sobriété remarquable. Il est à regretter seulement que l'ouvrage de M. Dufour ne contienne pas des notions plus complètes sur l'histoire littéraire de la science administrative.

Arrivé enfin au *Cours théorique et pratique du droit public et administratif* de M. Laferrière, que M. de Mohl regarde comme le publiciste français le plus habile à systématiser (*der beste Systematiker Frankreichs*), il rend pleine justice à la haute valeur de cet ouvrage. Il constate avec tristesse que la refonte complète que le *Cours du droit public* a dû subir dans ses quatre éditions, et qui en font, jusqu'à un certain point, autant d'œuvres différentes par rapport à leur contenu, a été le résultat des changements politiques au milieu desquels elles ont été publiées. Il en fait ressortir l'ordre sévère et systématique, tant dans le plan général que dans le développement des matières. Il le recommande comme modèle aux auteurs qui ne sortent pas des limites des généralités. Pour satisfaire à la mission de la science comme aux besoins de la pratique, il ne suffit pas de se renfermer dans les principes généraux, comme le font quelquefois les auteurs allemands, mais il faut descendre dans les détails de leur application journalière. On ne rend un service

Digitized by Google

réel à la science qu'à la condition d'admettre les exigences irrécusables de l'administration et de les formuler en principes ; on la sert mal lorsqu'on passe orgueilleusement ces besoins sous silence, en les abandonnant ainsi à l'arbitraire et à la simple routine. C'est un reproche que les auteurs allemands du droit administratif n'ont pas toujours su éviter. Le problème de traiter aujourd'hui le droit public est sans doute une tâche délicate : l'auteur du *Droit public et administratif* a su en éviter les écueils, et l'a résolu avec succès. Le ton de l'ouvrage est plein de dignité ; l'auteur n'y sacrifie jamais au culte de la seule force matérielle ; partout où il sort du simple exposé du droit établi, il le fait au profit de la liberté civile. Avec une main délicate, il rattache les institutions établies aux principes de 1789. Là où une discussion directe du sujet n'est guère possible, il cherche à y arriver par une voie détournée. Là où l'ordre des choses actuel laisse à désirer, l'écrivain console le lecteur par la perspective d'une liberté future plus complète. Par sa forme comme par son contenu, le livre de M. Laferrière peut servir de modèle à cet égard. Bien des auteurs, placés dans des conditions beaucoup moins délicates, n'ont pas su éviter des reproches mérités.

La deuxième partie du présent volume est consacrée à l'histoire littéraire de l'économie politique, de la politique, de la théorie de population, aux travaux sur Machiavel (*Machiavelli-Litteratur*), aux travaux de droit public de Jérémie Bentham, aux ouvrages qui traitent de la statistique dans ses diverses applications, et enfin aux recueils périodiques des sciences politiques. C'est peut-être la partie la plus remarquable de ce vaste travail, qui fait le plus grand honneur au professeur de Heidelberg. Entrer dans une analyse de ces chapitres intéressants, ce serait grossir à la fois les proportions d'un compte rendu déjà trop long, et dépasser les limites du cadre de la *Revue*. Peut-être trouverai-je l'occasion d'aborder cette tâche à une autre place.

JULES BERGSON.

Digitized by Google

TABLE DES MATIÈRES

PAR ORDRE ALPHABÉTIQUE.

Pages.

Actes notariés. — La mention de la *lecture de l'acte par le notaire* est-elle exigée, à peine de nullité, dans les actes régis par l'article 2 de la loi du 21 juin 1843, et spécialement dans les actes de donation? 434

Action paulienne. — Le créancier peut-il obtenir la révocation d'une donation par contrat de mariage faite en fraude de ses droits, sans être tenu de prouver la connivence frauduleuse des époux donataires? 257

Actions possessoires. — Étude sur la possession. — De la possession en général. . . . . 78 et 131

— De l'acquisition de la possession. 344

Administration de la justice. V. Justice civile.

Bénéfice d'inventaire. — De la vente des meubles corporels ou incorporels en cas de bénéfice d'inventaire. . . . . 97 et 193

Bibliographie. — Histoire du droit français, par M. Laferrière. 89

— Du prêt à intérêt et de l'usure, par M. Romiguière. . . . 283

— Cours de Code pénal et Leçons de législation criminelle, par M. Bertauld. 479

— Histoire et littérature des sciences politiques, par M. de Mohl. 553

Chemins. V. Droit administratif.

Circonstances atténuantes. V. Droit criminel.

Compétence. V. Droit criminel.

— V. Droit administratif.

Conseil d'État. V. Droit administratif.

Conseils de surveillance. V. Droit criminel.

Contraventions. V. Droit criminel.

Créancier. V. Action paulienne.

Degré de juridiction. V. Justice civile.

Délit. V. Droit criminel.

Donation. V. Actes notariés.

Donation par contrat de mariage. V. Action paulienne.

Droit administratif. — De la législation concernant les travaux communaux, et de l'urgence d'y apporter une amélioration par voie législative. 265

— Chemins. — Préfet. — Compétence. 275

— Du Conseil d'État en 1859. 526

Droit coutumier, féodal et privé. — Origines et progrès en France de ce droit sur la nature des ventes, échanges et promesses de vente jusqu'au temps de Pothier. 179 et 399

— Nature de la vente en droit romain. 179

Digitized by Google

Pages.

Droit coutumier. — Nature du prix dans les ventes et promesses de vente en droit romain. 183
— De la vente dans le droit germanique. 186
— De la vente suivant le droit féodal. 191
— Suite. 403
— Théorie des glossateurs sur les promesses de vente. 408
— Doctrine de Dumoulin à cet égard. 412
— Distinction de la vente et de l'échange. 415
— De la doctrine et de la jurisprudence sur les promesses de vente après Dumoulin. 419
— Sur la maxime *promesse de vente vaut vente*. 423
— De la doctrine et de la jurisprudence sur la vente et l'échange après Duranton. 426
— Doctrine de Pothier en matière de vente. 432
Droit criminel. — Circonstances atténuantes; leur application aux infractions de la presse. 50
— Contraventions et délits; leur nature; admission ou rejet des excuses. 70
— De la récidive. 362
— Sur la responsabilité des conseils de surveillance en matière de sociétés en commandite par actions, et sur la compétence. 385
— Des excuses en droit criminel. 517
Droit romain. — De l'impôt sur les successions chez les Romains. . . . 494
Échange. V. Droit coutumier.
Enregistrement. — Droit de mutation par décès; privilége de l'administration *sur les revenus* des biens à déclarer. 289
— Payement avec subrogation; obligation et quittance; exigibilité d'un seul droit. 290
— Reprises de la femme. 292
— Legs de sommes n'existant pas en nature dans les successions; déduction des valeurs 295
— Acquisition en commun. 298
— Donation des sommes payables au décès du donateur. . 300
Enfant naturel. V. Succession.
Établissements de bienfaisance. V. Libéralités.
Établissements publics. V. Libéralités.
Excuses. V. Droit criminel.
Expropriation pour utilité publique. — Droit des sous-locataires. . . . 481
Grotius. V. Histoire du droit.
Histoire du droit. — Des précurseurs de Grotius. 151
— Œuvres juridiques de Leibnitz. 447
Impôt sur les successions. V. Droit romain.
Justice civile. — Études sur l'administration de la justice. — Des deux degrés de juridiction, et de la faculté d'y renoncer. 217
Leibnitz. V. Histoire du droit.
Libéralités. — Essai sur les libéralités en faveur des établissements publics ou ecclésiastiques. 28

Digitized by Google

Pages.

Libéralités. — Des libéralités en faveur des établissements de bienfaisance non légalement reconnus. 237

Préfet. V. Droit administratif.

Presse. V. Droit criminel.

Prêt à intérêt. V. Bibliographie.

Promesse de vente. V. Droit coutumier.

Récidive. V. Droit criminel.

Responsabilité. V. Droit criminel.

Sciences politiques. V. Bibliographie.

Sociétés en commandite par actions. V. Droit criminel.

Sous-locataires. V. Expropriation pour utilité publique.

Substitution. — En quel sens doit être entendu l'article 1072 du Code Napoléon, d'après lequel les héritiers, les légataires et les donataires de celui qui a fait la disposition ne peuvent, en aucun cas, opposer aux appelés le défaut de transcription. 14

Succession. — La seule *existence* des successibles du défunt opère-t-elle la réduction des droits de l'enfant naturel sans qu'il soit besoin de *leur concours comme héritiers?* 1

— Le droit de l'enfant naturel doit-il être étendu aux trois quarts lorsque les père et mère ne laissent que des neveux ou nièces?. 5

— V. Droit romain.

Transcription. V. Substitution.

Travaux communaux. V. Droit administratif.

Usure. V. Bibliographie.

Vente. V. Droit coutumier.

Vente de meubles du mineur. — Dans quels cas le tuteur doit-il ou peut-il vendre les meubles corporels ou incorporels du mineur ou de l'interdit? — Quand doit-il vendre dans la forme judiciaire? — Avec quelle précaution et en présence de qui doit-il faire ces ventes?. . . 303

Ventes publiques de meubles corporels ou incorporels. V. Bénéfice d'inventaire.

Digitized by Google

TABLE DES ARTICLES

PAR NOMS DES AUTEURS.

Pages.

ARTHUR DESJARDINS : Des excuses en droit criminel. 517

AUBÉPIN : Origines et progrès en France du droit coutumier, féodal et privé, sur la nature des ventes, échanges et promesses de vente jusqu'au temps de Pothier. 179

— Suite. 399

DE BARTHÉLEMY : Du Conseil d'État en 1859. 526

DE BAULNY : Des libéralités en faveur des établissements de bienfaisance non légalement reconnus. 237

BERGSON : Bibliographie. — Histoire et littérature des sciences politiques, par M. de Mohl. 553

COFFINIÈRES : Bibliographie. — Du prêt à intérêt, de l'usure et de la loi du 3 septembre 1807, par M. Romiguière. 283

COIN-DELISLE : Examen doctrinal de la jurisprudence. 97

— Suite. 193

— Étude sur les ventes de meubles du mineur. 303

— Bibliographie. — Cours de Code pénal et Leçons de législation criminelle, par M. Bertauld. 479

G. DEMANTE : Examen doctrinal des arrêts en matière d'enregistrement. 289

DEMOLY : Actes notariés. — Formes. — Donation. 434

KRUG-BASSE : De l'action paulienne. 257

LAFERRIÈRE : Examen doctrinal de la jurisprudence en matière criminelle. 385

LAVIELLE : Études sur l'administration de la justice civile. 217

MARINIER : Étude sur la possession et les actions possessoires.—Théorie de la possession. — Premier article. 78

— Deuxième article. 131

— Troisième article. 344

PAUL PONT : Examen doctrinal de la jurisprudence en matière civile. . 1

PERROT DE CHEZELLES (Ernest) : Contraventions et délits. — Leur nature. — Admission ou rejet des excuses. 70

PETIT : De la compétence de l'autorité administrative en matière de chemins. 275

PISON : Observations sur le sens de l'article 1072 du Code Napoléon. . . 14

DE SALVERTE : Essai sur les libéralités en faveur des établissements publics ou ecclésiastiques. 28

Digitized by Google

Pages.

SERRIGNY : De la législation concernant les travaux communaux, et de l'urgence d'y apporter une amélioration par voie législative. 265

SÉVIN : Examen doctrinal de la jurisprudence en matière civile. 481

THIERCELIN : Les précurseurs de Grotius. 151

TISSOT : De la récidive. 362

DE VALROGER : Bibliographie. — Histoire du droit français, par M. Laferrière. 89

DE VALROGER fils : De l'impôt sur les successions chez les Romains. . . 494

VENTE : Étude sur l'application des circonstances atténuantes aux infractions de presse. 50

VICTOR MOLINIER : Notice sur les œuvres juridiques de Leibnitz. 447

Paris. — Imprimé par E. THUNOT et Cᵉ, rue Racine, 26.

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google